سُلطة الخصوم والمحكمة

في

إختصام الغير

المشاكل التي يثيرها الاختصام

سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير

المشاكل التي يثيرها الاختصام

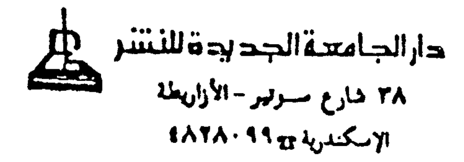
دكتور

أحمد هندي

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

١٩٩٧



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة

الإسكندرية ☎ ٤٨٢٨٠٩٩



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

١ - تمهيد :

يعتبر اختصام الغير احدى الوسائل التى نظمها المشرع لممارسة الخصوم لسلطاتهم فى الدعوى، واحدى القنوات التى يرمى المشرع من خلالها إلى الوصول إلى صورتها الكاملة والحقيقية. فالمشرع يبيح الاختصام وينظمه بهدف استكمال اشخاص الدعوى إذ أن طلبات الاختصام - بجانب طلبات التدخل - تعتبر وسيلة لوضع الدعوى فى اطارها الشخصى الكامل، الذى كان يجب أن توضع فيه من البداية، تماماً كما أن الطلبات الاضافية والمقابلة وسيلة لوضع الدعوى فى اطارها الموضوعى الصحيح.

ولما كان الالتجاء إلى القضاء، عن طريق رفع دعوى، إنما يرمى إلى حماية الحقوق، فإن المشرع شرع الاختصام كى تكون تلك الحماية كاملة وفعالة، بحيث أنه إذا اقيمت الدعوى بين بعض اطراف هذا الحق، دون البعض الآخر، فإنه يجب إتاحة الفرصة للخصوم لادخال هؤلاء الأشخاص فى الدعوى، حتى يكون الحكم ذو قيمة تجاه الجميع، ويحتج به على كل أطراف الحق، خاصة أن الاحكام القضائية تخضع لمبدأ نسبية الأثر الذى يسيطر على مختلف الافكار الاجرائية.

ولقد أسند المشرع سلطة اختصام الغير إلى كل من الخصوم والقاضى، كى يحقق الاختصام غايته «استكمال اشخاص الدعوى واصدار حكم يحمى الحق»، فمنح الخصوم سلطة الاختصام وفقاً لقاعدة عامة مؤداها أنه يجوز لهم ادخال الغير طالما أنه كان من اطراف الدعوى وقت رفعها، بجانب قدرة الخصوم على ادخال الضامن فى دعواهم. كما أن المشرع منح المحكمة كذلك سلطة اختصام الغير، فهو لم يشأ أن يجعل الاختصام قاصراً على الخصوم، فللمحكمة أن تدخل فى الدعوى أى شخص من غير

أطرافها طالما أن ذلك فى مصلحة العدالة أو يؤدى إلى الوصول إلى الحقيقة، وتلك مرونة فى التعبير قصدها المشرع كى يوسع من سلطة المحكمة فى الاختصام، بحيث يمكن للمحكمة، من خلال هذه التعبيرات، أن تقوم باستكمال اشخاص الدعوى وان تصدر حكماً يقترب من الحقيقة، يحمى أصحاب الحقوق.

على أن ممارسة الخصوم لسلطتهم فى الاختصام تولدت عنها مشاكل عديدة، كشف عنها العمل، ونتجت هذه المشاكل عن اتساع سلطة الخصوم فى الاختصام مع ضعف رقابة المحكمة على تلك السلطة، مما دفع الخصوم إلى التعسف فى استعمال حقهم أو سلطتهم فى الاختصام، كما أن سلطة المحكمة فى ادخال الغير وان كانت واسعة إلا أنها غير كاملة.

لذلك نخصص هذا البحث لعرض وتحليل سلطة الخصوم فى اختصام الغير، وسلطة المحكمة فى الاختصام والمشاكل التى تنتج عن ممارسة تلك السلطة، ونقوم أولاً بتوضيح مفهوم الاختصام وأهميته وطبيعة العقبات والمشاكل التى تعترضه.

٢- مفهوم الاختصام وأهميته :

تقتضى الخصومة وجود طرفين على الأقل هما المدعى والمدعى عليه. وبغير مدع ومدعى عليه لا توجد خصومة مدنية، ولهذا يسميان بالطرفين الأصليين فى الخصومة. والمدعى هو من يتخذ المبادرة فى الخصومة ويقدم الطلب القضائى [١]، فهو يقدم طلباً يتضمن رفع دعوى معينة، أى أنه يتخذ موقفاً إيجابياً فى الخصومة. أما المدعى عليه - الذى يتخذ موقفاً سلبياً، فهو من يقدم الطلب فى مواجهته، وهو يجبر على الخصومة ويفرض عليه المركز

(١) أنظر فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى ١٩٨٦ - ص ٢٩٥ رقم ١٩٥.

القانونى للخصم فرضاً فى وقت لا يختاره ويتعرض لخطر الحكم بالزامه بطلبات خصمه [1].

ولكن الخصومة لا تتجمد من حيث اطرافها على الصورة التى تبدأ بها، بل أنها تتطور أثناء سيرها فيخرج منها خصوم ويدخل آخرون، ومن مظاهر مرونة قواعد الخصومة السماح بتغيير أطرافها ومن صور هذا التطور اختصام الغير – وتدخله – فهو يؤدى إلى اضافة خصم جديد إلى الخصومة أثناء سيرها [2]، فبالإختصام يتسع النطاق الشخصى للخصومة، وذلك بإختصام أشخاص آخرين فيها [3].

فاختصام الغير فى الدعوى معناه تكليف شخص من الغير، خارج عن الخصومة، بالدخول فيها، أى اجباره على أن يصبح طرفاً فى تلك الخصومة أو على أن يكون مائلاً فيها وذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو بأمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها [4]. فهو عبارة عن طلب يوجه من خصم إلى الغير لإجباره على الدخول فى الخصومة، أى اننا نكون بصدد خصم ثالث رغماً عن ارادته، لذلك كان المشرع يسميه فى القانون القديم بالتدخل الجبرى [5].

---

(١) أنظر د. وجدى راغب – دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ١٨ – ١٩٧٦ – عدد ١ – ص ٧٩. وكذلك مؤلفه مبادئ القضاء المدنى ١٩٨٦ ص ٤٣٧.

(٢) وقد تتضمن هذه الصورة احداث تغيير فى محل الخصومة بطلبات عارضة – أنظر وجدى راغب – المبادئ ص ٤٨١، ٤٨٣.

(٣) أنظر أحمد مسلم – أصول المرافعات ١٩٧٨ – ص ٥٨١.

(٤) أنظر ابو الوفا – المرافعات ١٩٩٠ – طبعة ١٥ ص ٢١٠، وكذلك وجدى راغب – المبادئ ص ٤٩٢. وأنظر كذلك موريل – الشرح – ١٩٤٩ – ص ٣٠٥ رقم ٣٧٤، وجابيو ص ٥٤٧ رقم ٨٣٣. وأنظر أيضاً سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص – جزء ٣ (الاجراءات أمام أول درجة) ١٩٩١ – ص ٩٠٣ رقم ١٠٦.

(٥) واصطلاح التدخل الاجبارى يعبر عن أن التدخل يتم دون أن يكون لارادة الغير دخل فيه أى أنه يجبر على التدخل فى الدعوى. ولقد تبنى المشرع اصطلاح «الاختصام» فى عنوان =/=

وقد شرع نظام اختصام الغير لتحقيق عدة أغراض : فهو يضفى على الخصومة بعض المرونة التى تخرجها من اطار الطلب الأصلى وتؤدى إلى اتساعها لتشمل أشخاصاً جدد، أى أنه يوسع من النطاق الشخصى للخصومة بما يحتمله هذا الاتساع من احداث تغيير فى محل الخصومة وسببها [1].

كما أن نظام اختصام الغير يؤدى إلى علاج مساوئ قاعدة نسبية الشئ المقضى، إذ أن الحكم لا يحوز حجية الشئ المحكوم فيه إلا فى مواجهة اطراف الدعوى الذين صدر الحكم فيما بينهم، فما قضى بين شخصين لا يفيد الغير ولا يضره [2]، ،من يختصم فى الدعوى يعتبر الحكم الصادر فيها حجة له وحجة عليه [3].

أيضاً فإن هذا النظام يكفل عدم تناقض الاحكام، حيث يجعل الحكم الذى يصدر فى الدعوى حجة على الشخص الذى اختصم فيها يمتنع عليه

=/= الفصل الثانى من الباب السادس، واستعمل فى داخل مواد هذا الفصل كلمة يدخل أو ادخال، ولم يستعمل كلمة اختصام وان استعمل كلمة يصح اختصامه ويرى البعض أن اصطلاح اختصام ادق لأن كلمة التدخل تعبر عن الارادة وهى ما تتعارض مع كلمة الجبرى. والمشرع الفرنسى، استعمل اصطلاح التدخل الجبرى كعنوان للفصل الثانى من الباب الثامن، ولكنه داخل المواد التى تعالج الاختصام، استعمل كلمة «يختصم» وكلمة «اختصام».

(1) أنظر نبيل عمر – أصول المرافعات ١٩٨٦ – ص ٥٥٣، وكذلك وجدى راغب – المبادئ ٤٨٣. وأنظر أيضاً كريميو – الوجيز فى المرافعات المدنية – ١٩٢٤ – ص ٣١٧. وأنظر جلاسون وتيسيه – الشرح – الجزء الأول ص ٦٣٧ رقم ٢٤٩.

(2) وهو ما أكده المشرع المصرى فى المادة ١٠١ من قانون الاثبات، وكذلك المشرع الفرنسى فى المادة ١٣٥١ من القانون المدنى الفرنسى – أنظر أحمد السيد صاوى – أثر الاحكام بالنسبة للغير – ص ١٠ وما بعدها.

(3) نبيل عمر – أصول المرافعات – ص ٥٥٤. وأنظر العشماوى – قواعد المرافعات –٢– ص ٣٤٩ وما بعدها. وكذلك عبد المنعم الشرقاوى– المرافعات – ١٩٥٠– ص ٣٨٣، ٣٨٤، وأيضاً جابيو، الشرح ١٩٣٥– ص ٥٤٧ رقم ٨٣٣.

تجديد النزاع فيما تم الفصل فيه، الأمر الذى يترتب عليه تجنب تناقض الاحكام وتكرار المنازعات بالاضافة إلى أنه يتيح للمحكمة فرصة استكمال أشخاص الخصومة حماية للغير من غش الخصوم فى الدعوى الأصلية وتواطئهم، كما ييسر للمحكمة طريق الحكم فى الدعوى مما يساعد على اظهار الحقيقة وتحقيق مصلحة العدالة (1).

ومراعاة لتلك الاعتبارات، ونظراً لأن نظام اختصام الغير يتيح حسم النزاع من كافة جوانبه بدعوى واحدة بدلاً من تعدد الدعاوى، وهو أمر يهتم به المشرع، نجد أن المشرع الحديث قد استقر على الأخذ بهذا النظام. فالمشرع المصرى عالجه بالتفصيل فى المواد ١١٧ حتى ١٢٢ من قانون المرافعات الحالى.

ورغم أهمية نظام إختصام الغير، إلا أن هناك بعض العقبات التى تعترضه. وتتمثل هذه العقابات فى اعتراضات تقليدية – فى أنه يتعارض مع بعض المبادئ المستقرة فى قانون المرافعات، بجانب عقبات أخرى أكثر أهمية تتمثل فى إساءة استخدام الخصوم لهذا النظام، وذلك على النحو التالى.

٣- العقبات التى تعترض اختصام الغير، والمشاكل التى يثيرها :

اعترض مبدأ ثبات النزاع طريق طلبات الاختصام، والطلبات العارضة على وجه العموم، ويقصد بمبدأ ثبات النزاع أنه متى بدأ المدعى الخصومة، فإن نطاقها وعناصرها تبقى كما حددها المدعى فى صحيفة افتتاح الخصومة، فلا يجوز تعديل نطاقها الشخصى عن طريق احلال من يعد من الغير محل أحد الخصوم ولا يجوز تغيير صفة أحد الخصوم، كما لا يجوز تعديل نطاقها من حيث الموضوع بتقديم طلبات جديدة سواء أمام محكمة

---

(1) أنظر المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الملغى، وكذلك أحمد السيد صاوى – شرح قانون المرافعات – ١٩٨١ – ص ٢٠٠. ورمزى سيف – الوسيط – ١٩٦٩ – ص ص ٣٥٥.

أول درجة أو فى محكمة الاستئناف أو تعديل محل الطلب الأصلي أو تغيير السبب الذى قدمه المدعى لتبرير محل ادعاءاته، فينبغى ثبات كل هذه العناصر كما وردت فى الطلب الأصلى حتى صدور الحكم، ويظل المدعى أسيراً لتحديده لا يجوز له أن يغيره أثناء سير الخصومة [1].

معنى ذلك أن مبدأ ثبات النزاع، المعروف منذ القانون الرومانى [2]، يعترض اختصام الغير، لأنه يستلزم بقاء كافة عناصر الطلب الأصلى - المحل والسبب والخصوم - دون أى تعديل إلى أن يفصل فيه، فيعتبر الحكم فاصلاً فى ذات العناصر التى حملها الطلب الأصلى دون غيرها [3]. إلا أنه يمكن القول أن هذا المبدأ قد تطور ولم يعد من الممتنع على الخصوم التعديل فى الطلب الأصلى، بل أصبح من سلطتهم تعديله فى أى من عناصره عن طريق الطلبات العارضة، واختصام الغير هو صورة من تلك الطلبات. كما سنعرض بعد ذلك بالتفصيل.

إنه من المستقر عليه الآن أن النزاع لم يعد جامداً فى عناصره، فمبدأ ثبات النزاع قد لحقته المرونة نتيجة نظرية الطلبات العارضة، بل يمكن القول أن الاتجاه الحديث فى هذا الصدد هو تطور النزاع وليس ثباته. حيث أصبح من حق الخصوم أن يعدلوا فى عناصر النزاع فى حالات عديدة أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذلك الحال أمام محكمة الدرجة الثانية، حيث يتفتح النزاع عن جميع مكنوناته حتى يمكن الفصل فيه من كافة النواحى بحكم واحد حاسم لجميع أوجهه، مما يجنب تكرار المنازعات وتناقض الأحكام.

---

(١) أنظر عزمى عبد الفتاح - أساس الادعاء - ١٩٩١- ص ١٣٠ وما بعدها. وأنظر كذلك نبيل عمر - امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى فى قانون المرافعات - ١٩٨٩ - ص ١٣٦.

(٢) أنظر أصل هذا المبدأ والمبررات التى يقوم عليها - لدى عزمى عبد الفتاح - أساس الادعاء ص ١٣٢ وما بعدها. وكذلك لدى الأنصارى حسن النيدانى - مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - رسالة - الاسكندرية - ١٩٩٦ - ص ١ وما بعدها.

(٣) نبيل عمر - أصول المرافعات - ١٩٨٦ - ص ٥٢٧. وأنظر أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ١٩٩٣ - ص ٩٠، ٩١ - رقم ٨٩.

من ناحية ثانية، لم يعد من المقبول القول بأن فى اختصام الغير اعتداء على مبدأ حرية الشخص فى الالتجاء إلى القضاء، لأنه يجبر الشخص على الدخول فى خصومة فى وقت غير مناسب له، إذ قد يرى الشخص ارجاء دعواه حتى يستكمل أدلته [1]، هذا القول لم يعد مقبولاً نظراً لأن تلك الحرية ليست مطلقة وإنما يمكن تقييدها لمصلحة الخصوم أو لمصلحة الغير أو لمصلحة العدالة، كما أنه فى المقابل إذا منعنا اختصام الغير حتى يستكمل أدلته ويرفع دعواه أمام محكمته فإن معنى ذلك أنه سوف يجدد النزاع المحكوم فيه بحجة عدم سريان الحكم عليه لأنه لم يصدر فى مواجهته، وفى ذلك تكرار للدعاوى واضاعة لوقت القضاء ومال المتقاضين ومصدر لصدور أحكام قد تتعارض وهذه تتولد عنها مشاكل كثيرة يجب العمل على تجنبها من البداية.

وبالاضافة إلى هذه الاعتراضات التقليدية على نظام اختصام الغير، والتى تخطاها الفكر القانونى، فإن ما يستحق البحث والتأمل بالفعل هو ما يحدث فى العمل من اساءة استعمال نظام الاختصام. حيث يميل بعض الخصوم، خاصة المدعى عليهم، إلى اطالة أمد النزاع من خلال استعمالهم لمكنة الاختصام، فيقوم أحدهم بإختصام شخص من الغير ثم يتضح بعد ذلك أن هذا الشخص ليست له صلة بالدعوى أو لا فائدة من اختصامه، ولا نتبين ذلك إلا بعد فترة قد تطول، نظراً لأن اختصام الغير يستلزم اعلانه، والاعلان تتخلله مشاكل كبيرة، وبعد رفض طلب الاختصام يعاود ذات الخصم، أو مدعى عليه آخر، استعمال رخصة الاختصام، دون ضابط محدد، ويتكرر هذا الأمر من الخصوم عدة مرات، دون أن تملك المحكمة تجاه ذلك

---

(١) أنظر أبو الوفا – المرافعات – ١٩٩٠ – ص ٢١١، وأحمد صاوى – الشرح – ١٩٨١ ص ١٩٩. وأنظر كمال أبو الخير – قانون المرافعات – ١٩٦٣ – ص ٣١٤ هامش.

القدرة على وقف هذه المماطلات، مما يطيل من أمد المنازعات دون جدوى ويهدد بضياع الحقوق ويثقل المحاكم بعبء لا مبرر له.

٤- فكرة البحث وخطته :

تنصب دراستنا فى هذا البحث على المشاكل التى يمكن أن تنتج عن نظام اختصام الغير، وكيفية التصدى لها ومواجهتها للوصول فى النهاية إلى حسن سير القضاء وحماية الحقوق، وذلك من خلال التعرض لسلطة الخصوم فى اختصام الغير، ورقابة المحكمة على تلك السلطة، وكذلك تحليل سلطة المحكمة وقدرتها على اختصام الغير، والوقوف على حدود تلك السلطة ومدى تلك القدرة، وهل تحتاج إلى تعديل فى اطارها.

فنحن فى هذا البحث لن نتعرض لموضوع سبق طرحه على بساط البحث والتحليل من قبل، وإنما نحاول الوقوف على المشاكل التى يثيرها نظام الاختصام فى العمل، وتحليل مسلك المشرع المصرى ونظيره الفرنسى فى التصدى لهذه المشاكل، لنصل فى النهاية إلى ما يجب عمله حتى نتغلب على تلك المشاكل.

ونرى أن نعرض لتلك الأمور من خلال بحث وتحليل سلطة الخصوم فى اختصام الغير، سواء وفقاً للقاعدة العامة (ادخال من كان يصح اختصامه فى الدعوى وقت رفعها) أو وفقاً لنظام ادخال الضامن، ومدى مسئولية الخصوم عن ذلك الاختصام وامكانية تجنب تضييع الوقت واطالة الاجراءات من خلال بحث اجراءات الاختصام التى تستغرق وقتاً طويلاً، ثم التصدى لقدرة المحكمة على التعامل مع طلبات الاختصام المتتالية والتى يشوبها التعسف، وحدود هذه السلطة ومدى امكانية تحريرها من القيود التى تمنع المحكمة من فرض رقابة فعالة على سلطة الخصوم فى الاختصام، حيث الملاحظ أن المحكمة تقف عاجزة أمام سلطة الخصوم الواسعة فى

اختصام اشخاص من الغير لا جدوى من اختصامهم ولا هدف سوى المماطلة والكيد للخصم.

من ناحية ثانية، سنعرض لسلطة المحكمة فى اختصام الغير، أو ما نطلق عليه الاختصام القضائى، إذ إن هذا الاختصام يتم عن طريق المحكمة - بناء على أمر منها - مما يضفى على القاضى دوراً إيجابياً فى تسيير الدعوى، حيث أن المشرع بذلك قد تحرر من المفهوم التقليدى الجامد لمبدأ حياد القاضى، ولكنه اشترط أن يتم ذلك الاختصام عن طريق الخصوم. وبذلك حاول المشرع الخروج من فكرة سلبية دور القاضى إلى فكرة إيجابيته فى الخصومة، إلا أنه مازال مقيداً بحرفية بعض المبادئ التقليدية، وهو ما يؤدى إلى تفويت الغرض من الاختصام القضائى، أو التقليل من دور المحكمة فى اختصام الغير.

لذلك سوف نعرض بالتحليل لسلطة المحكمة فى اختصام الغير، لنقف على حدود هذه السلطة، وعلى القيود أو العقبات التى تحول دون أداء المحكمة لدورها فى الاختصام. فالمشرع يرمى من وراء نظام الاختصام إلى استكمال الدعوى لاشخاصها والوصول بها إلى حكم قريب بقدر الامكان من الحقيقة ومعبراً عن العدالة. ونضع هذا الهدف فى اعتبارنا طوال مختلف مراحل هذا البحث، محاولين - قدر الاستطاعة - الكشف عن العقبات التى تعترضه والمشاكل التى يثيرها الخصوم، والبحث عن حلول لها، مما يساهم فى وضع التصور المناسب والاطار الملائم لنظام اختصام الغير بما يحقق غايته.

بناء على ذلك، فاننا نرى أن نقسم هذا البحث إلى قسمين، قسم أول نتعرض فيه لسلطة الخصوم فى اختصام الغير، سواء وفقاً للقاعدة العامة أو لجلب الضامن : تحليل تلك السلطة، وحدودها، واساءة استعمال الخصوم

لهـا، ورقـابة المحكمـة على تلك السلطة، واجراءات الاختـصـام ومـحـاولة تخليصها مما لا يتفق وهدف الاختصام.

أمـا القـسم الثـانى، فنخـصـصـه لسلطة المحكمـة فى اختـصـام الغيـر «الاختـصـام القـضـائى» فنعـرض للسـلطة التـقـديرية التى يتـمـتـع بهـا القـاضى، ودوره فى تسيير الدعوى، ثم لحدود سلطة المحكمـة فى اختـصـام الغير، من خـلال عـرض حـالات الاختصام القـضـائى، وكيفيته والرقابة على سلطة المحكمة فى الاختصام ومدى قدرتها على استبعاد أحد الخصوم، وذلك لوضع الدعـوى فى اطارها الشـخـصى الصـحـيح، وضـرورة أن يتم الاختصـام القـضـائى بعيداً عن مشاركة الخصوم حتى يحقق اهدافه التى رسمها له المشرع.

لذلك نقوم بتقسيم هذا البحث إلى بابين :

الباب الأول : سلطة الخصوم فى اختصام الغير.

الباب الثانى : سلطة المحكمة فى اختصام الغير.

الباب الأول
سلطة الخصوم في اختصام الغير

٥- تقسيم :

يمكن اختصام الغير عن طريق الخصوم وعن طريق المحكمة. ولقد اعترف المشرع المصرى ونظيره الفرنسى للخصوم بسلطة اختصام الغير، ولكنهما حددا ذلك بحالات معينة. فنقوم بعرض تلك الحالات فى كل من القانونين المصرى والفرنسى، كى نقف على مدى دقة هذا المسلك، وعلى رقابة المحكمة لسلطة الخصوم فى ذلك الصدد.

وحينما يتم اختصام الغير فإن الشخص المختصم يتغير مركزه، فبعد أن كان شخصاً أجنبياً عن الدعوى أصبح معنياً بها، حيث تترتب له بمجرد الاختصام مجموعة من الحقوق ويلتزم بعدة واجبات، وهو ما سنعرضه بالتفصيل حتى نتعرف على مركز الغير المختصم.

من ناحية ثالثة، فإن المشرع نظم اجراءات محددة لاختصام الغير عن طريق الخصوم، ويتم اساءة استخدام تلك الاجراءات بواسطة بعض الخصوم وذلك بهدف المماطلة واطالة أمد النزاع، لذلك سنعرض لهذه الاجراءات ومحاولة تبسيطها حتى يتحقق الهدف المطلوب منها وتبيات سلطة المحكمة فى رقابة الخصوم على استعمالهم لتلك الاجراءات.

أخيراً، فإننا سنعرض لحالة الاختصام للضمان بالتفصيل، حيث انها من أهم صور اختصام الغير على الاطلاق. ولقد أفرد المشرع - سواء فى مصر أو فرنسا - نصوصاً عديدة لتلك الحالة، نعالجها من مختلف النواحى.

تلك هى الموضوعات الأربعة التى سنقوم بدراستها فى هذا الباب، ونرى أن يسبق ذلك تحديد لمفهوم الغير - الذى يمكن اختصامه - ولمفهوم

الخصم – الذى يمكنه أن يطلب اختصام الغير، مع بيان طبيعة الاختصام – هل هو سلطة للخصم أم حق له ومدى مسئوليته عن التعسف فى ذلك.

لذلك نقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصول أربعة على النحو التالى :

الفصل الأول : أطراف الاختصام وطبيعته.

الفصل الثانى : حالات الاختصام.

الفصل الثالث : اجراءات الاختصام ومركز الغير المختصم.

الفصل الرابع : الاختصام للضمان.

الفصل الأول
اطراف الاختصام وطبيعته

٦- الخصـــم :

يجب أن يقدم طلب الاختصام من خصم فى الخصومة الأصلية [١]، والخصم لغة يعنى المجادل شديد الخصومة [٢]، وتستخدم لغة القانون فى مصر تعبير «الخصوم» للتعبير عن أطراف الخصومة، بينما الاصطلاح السائد فى القانونين الفرنسى والايطالى هو «الاطراف»[٣]، ويمكن القول أن تعبير الخصوم يفيد ذات المعنى الذى الذى يفيده تعبير الاطراف، إذ أن فكرة الاطراف تفترض وجود ظاهرة متعددة الاشخاص، بحيث يكون شخص فيها مقابلاً لشخص آخر فى مصلحته أو يواجه الشخص الآخر بنشاطه. فالخصم هو الطرف فى الخصومة المدنية، وهو تعبير يفيد وضع شخص فى مواجهة شخص أخر فى الخصومة ولا يفيد وجود نزاع بينهما حتماً [٤].

ويستقر الفقه والقضاء على تعريف الخصم بأنه «من يقدم باسمه أو فى

---

(١) سواء كان مدعياً فيها أو مدع عليه، ويجب أن تجتمع فيه كل الشروط المطلوبة كى يلجأ للقضاء ضد شخص من الغير، فيجب أن تكون لديه مصلحة كافية، وصفة، وأهلية للتقاضى (أنظر بالتفصيل - سوليس وبيرو- القانون القضائى الخاص-جزء٣- ١٩٩١-ص ٩٠٩ رقم ١٠٧٢).

(٢) ويستوى فيه المذكر والمؤنث لأنه مصدر، ويثنى ويجمع فيقال خصمان، والاسم منه الخصومة بمعنى الجدل : جادله ونازعه، وخاصمه أى غلبه فى الخصومة بالحجة، أنظر ابراهيم أمين النفياوى - مسئولية الخخصم عن الاجراءات - دراسة مقارنة فى قانون المرافعات - ١٩٩١ - ص ١٥.

(٣) الاطراف les parties بالفرنسية، le parti بالايطالية، بينما يستخدم لفظ الخصم adver-saria, adversoire بمعنى الطرف الآخر أو الطرف المضاد فى الخصومة - أنظر وجدى راغب - دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ١٨ - ١٩٧٦ - عدد ١ ص ٧٢ هامش ١

(٤) أنظر وجدى راغب - دراسات فى مركز الخصم ص ٧٢، ٧٣ - هامش ٢

مواجهته الطلب القضائى»[1]، فالمناط فى تحديد الخصم هو تقديمه لطلب أو توجيه الطلبات إليه فى الدعوى [2]، وينطبق هذا الوصف على اطراف الخصومة الأصليين المدعى والمدعى عليه، كما ينطبق على من يتدخل أو يختصم فيها [3].

ففكرة الخصم ترتبط بالمطالبة القضائية : فهى ترتبط بتقديم طلب الحماية القضائية باسم شخص وذلك بصرف النظر عما إذا كان من قدم الطلب باسمه هو صاحب الحق أو المركز القانونى الموضوعى المطلوب

---

(١) أنظر فى عرض هذا الاتجاه وتأييده – فتحى والى – الوسيط ١٩٨٦ – ص ٢٩٤، وجدى راغب – مبادئ القضاء المدنى – ١٩٨٦ – ص ٤٢٩ وما بعدها، نبيل عمر – أصول المرافعات– ١٩٨٦ – ص ٤٩١ وما بعدها، أبو الوفا – المرافعات ١٩٩٠ – ص ٥٢٨، أحمد السيد صاوى، أثر الاحكام بالنسبة للغير – ص ١٥ وما بعدها، النفياوى – ص ١٦ وما بعدها.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٥/١/١٤ – طعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٠ ق – لدى عز الدين الدناصورى وحامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة السابعة – ١٩٩٢ – ص ٥٠٤ – المادة ١١٨ رقم٩. ونقض ١٩٩٦/٥/٢٤ – مجموعة النقض السنة ١٧ – ص ١٢٢٣، وفى ١٩٦٤/١/٢٣ – السنة ١٥ – ص ١٣١، وفى ١٩٥١/٣/٢٩ – السنة ٢ ص ٥٠٦.

(٣) وجدى راغب – المبادئ ص ٤٢٩ – ويوضح أن هذا التعريف يسمى بالنظرية الاجرائية فى تعريف الخصم . بينما هناك النظرية الثنائية – التى تميز بين الخصم بالمعنى الاجرائى والخصم بالمعنى الموضوعى على أساس القواعد التى تعتد بوصف الخصم وهل هى قواعد المرافعات – أو قواعد القانون الموضوعى. كذلك هناك النظرية الثلاثية – التى تذهب إلى أن المشرع الاجرائى يستخدم اصطلاح الخصوم بثلاثة معانى مختلفة. المعنى الأول هو شخص الاجراءات أى من يباشر الاجراءات أو يدعى لمباشرتها بصرف النظر عما إذا كان الادعاء باسمه أو باسم غيره طالما كان ذلك يتم بوصفه طرف غير محايد، والمعنى الثانى للخصم هو شخص الآثار الاجرائية أى من تسند إليه الحقوق والواجبات والأعباء المترتبة على الاجراءات دون أن تمس الرابطة الموضوعية المتنازعة، وهذا المعنى ينطبق على من يقدم الطلب باسمه أو يوجه إليه وفقاً للنظرية الاجرائية. أما المعنى الثالث فهو شخص آثار الحكم، أى من يسند إليه آثار الحكم مثل حجية الأمر المقضى، وهذه تسند إلى أطراف الرابطة الموضوعية الذين اشتركوا فى الخصومة أو مثلوا فيها دون غيرهم. وينتقد النظرية الثنائية والنظرية الثلاثية السائدتين فى الفقه الايطالى لإنهما تمنحان لاصطلاح الخصم معان متعددة وتؤدى بذلك إلى نتائج غير منطقيه وهى ان الشخص يعتبر خصماً وغيراً فى الخصومة ذاتها حسب القواعد المطبقة (أنظر بالتفصيل – ص ٤٣١ وبعدها).

حمايته أم لا، وما إذا كانت له صفة فى الدعوى أم ليس له صفة، كذلك الأمر بالنسبة لمن يقدم ضده الطلب، فهو يعتبر خصماً بصرف النظر عما إذا كان هو الطرف السلبى فى الحق فى الدعوى (١). فإذا لم يكن الشخص قد وجه طلب أو وجه إليه طلب فلا يعتبر خصماً ولو كان ماثلاً فى الخصومة (٢).

اذن، الخصم هو الذى يوجه طلبات الدعوى أو توجه إليه، سواء أكان خصماً أصلياً فى الدعوى أو متدخلاً فيها أو مختصماً فيها بعد اقامتها، وسواء أكانت هذه الطلبات أصلية أو عارضة، وبعبارة أخرى فإنه هو الذى

---

(١) ولهذا يعتبر خصماً المالك على الشيوع الذى لا يشترك فى تقديم الطلب بشأن الملكية، وعلى العكس يعتبر خصماً من يقدم طلباً منازعاً فى الملكية ولو لم يكن هو المالك - وتحديد فكرة الخصم على هذا النحو يتسق مع استقلال الخصومة عن كل من الحق الموضوعى والحق فى الدعوى (فتحى والى، ص ٢٩٤).

(٢) أنظر نقض ١٩٦٦/٥/٢٤ - مجموعة النقض السنة ١٧ ص ١٢٢٣ - فتحى والى - ص ٢٩٥.
وأنظر أحمد صاوى - شرح قانون المرافعات - ١٩٨١ - ص ٤٢٢.
ويذهب البعض إلى تعريف الخصم ليس من خلال القانون الاجرائى فحسب وإنما بالنظر إلى قواعد القانون المختلفة، فالخصم هو من تعتد به هذه القواعد وتسند إليه - بوصفه طرفاً فى الخصومة - المركز القانونى للخصم، أى تسند إليه مباشرة اجراءات الخصومة والآثار المترتبة عليها.
فإذا كان الشخص طرفاً فى خصومة يباشرها بنفسه لا عن طريق ممثله الاجرائى، وفى ذات الوقت طرفاً فى الدعوى وفى الحق موضوع هذه الدعوى فإنه يكون خصماً كاملاً - يسند إليه المركز القانونى للخصم كاملاً بكافة مكوناته. أما الخصم الناقص فلا تتوافر له كل هذه العناصر، ولذا لا يسند له القانون كافة الحقوق والواجبات الاجرائية المكونة لمركز الخصم وإنما يرتب منها ما يناسب وضعه. ومن أهم أنواع الخصم الناقص الخصم غير العادى - كما فى الدائن فى الدعوى غير المباشرة، والخصم التبعى - كما هو حال المتدخل الانضمامى، والخصم المركب كما هو شأن الممثل الاجرائى (وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٣٣ وما بعدها، ويتبنى ذلك أيضاً النفياوى - ص ١٩ وما بعدها).

يقيم الدعوى أو تقام عليه أو يقبل تدخله فيها ولو انضمامياً أو يقبل اختصامه[1]. فالخصم هو من قدم طلباً أو قدم ضده طلباً وليس من حضر الدعوى، فلا يشترط حضور الشخص فى الدعوى بنفسه حتى يعتبر طرفاً فيها [2].

لذلك لا يعتبر خصماً فى الدعوى الممثل القانونى لأحد الخصوم، كالولى أو الوصى بالنسبة للقاصر والقيم بالنسبة للمحجور عليه والوكيل بالنسبة للغائب، فكل من القاصر والورثة والمحجور عليه والغائب طرف فى الدعوى - إذ تتوافر لكل منهم أهلية الاختصام، وان كانت تنقصه أهلية التقاضى - أى صلاحية مباشرة الاجراءات - لذلك يقوم بتمثيله أمام القضاء شخص آخر هو الممثل القانونى، والممثل القانونى ليس خصماً وإنما هو من الغير لذلك يجوز اختصامه فى الدعوى، التى بين من يمثله وبين خصم آخر [3]. فالحقيقة أن الممثل القانونى لا يعتبر طرفاً فى الدعوى ولكنه يمثل الخصم، وليست له صفة فى الدعوى، وإنما صفته تكون فقط باعتباره ممثلاً للخصم، لذلك إذا لم يتوافر التمثيل القانونى أو كان غير صحيحاً فإن جزاء ذلك هو بطلان الاجراء المتخذ وليس عدم قبول الدعوى [4].

وصفة الخصم قد تكتسب بالخلافة [5]، فالخلف لا يعتبر من الغير، سواء كان عاماً أو خاصاً. والخلف العام هو من يخلف شخص فى ذمته

---

(١) أبو الوفا - المرافعات - ١٩٩٠ - ص ٥٢٨ رقم ٤١٥.

(٢) أنظر أحمد صاوى - أثر الاحكام بالنسبة للغير - ص ١٨.

(٣) أنظر نقض ١٩٧٨/٢/١٢ - طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٤ ق - مجموعة النقض لسنة ٢٩ - جزء أول - ص ٤٥٨، ٤٥٩.

(٤) أنظر فتحى والى - ص ٣٠٠، وبعدها، وكذلك وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٦٤ وما بعدها.

(٥) فتحى والى - ص ٢٩٧.

المالية من حقوق والتزامات، أو فى جزء منها باعتبارها مجموعة من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها، أما الخلف الخاص فهو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها، كالمشترى يخلف البائع فى المبيع، والموصى له بعين فى التركة يخلف فيها الموصى والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع [١]. وبالنسبة للشخص الاعتبارى، فإنه يعتبر خلفاً عاماً وذلك نتيجة اندماج شركة أو جمعية فى أخرى [٢]، أو نتيجة تصفيتها أو حلها.

ولاشك أن الخلف العام يأخذ مكان سلفه فى الخصومه، سواء بصفته مدعياً أو مدعاً عليه [٣]، وذلك طالما أن الخلف العام يخلف السلف بالنسبة للحق الموضوعى المدعى به، أما إذا كان الحق الموضوعى مما يزول بموت صاحبه فإن الخلافة لا توجد وتنقضى الخصومة [٤].

أما بالنسبة للخلف الخاص، فإنه يحل محل سلفه فى الدعوى إذا كان الحق قد انتقل إليه قبل رفع الدعوى، إذ يجب رفع الدعوى على الخلف نفسه بصفة مبتدأة، فإذا رفعت على السلف كانت غير مقبولة لرفعها على غير ذى صفة [٥]، أما إذا انتقل الحق إلى الخلف اثناء سير الدعوى المرفوعة

---

(١) السنهورى – الوسيط – الجزء الأول – مصادر الالتزام – ص ٥٤١. وأنظر عاطف فخرى – الغير فى القانون المدنى – ص ١٩٦ وما بعدها.

(٢) أنظر نقض ١٩٦٤/٥/١٤ – طعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٩ ق – لدى أنور طلبة – مجموعة المبادئ القانونية – جزء ٨ ص ٥٩، ٦٠. على أن التأمين لا يجعل الدولة خلفاً للمنشأة المؤممة، كذلك فإن الدولة لا تعتبر خلفاً للملتزم بإدارة مرفق عام (نقض ١٩٨١/١٢/٥، طعم رقم ٧٦٦ لسنة ٤٨ ق – أنور طلبه – ٨ – ص ٥٦، ٥٧.)

(٣) فتحى والى – ص ٢٩٧.

(٤) نبيل عمر – أصول المرافعات – ص ٤٩٤.

(٥) نبيل عمر – الأصول – ص ٤٩٥.

بصدد ذات هذا الحق فإن الخلف الخاص لا يحل محل السلف فى الدعوى لأن الخلافة فى الحق الموضوعى الذى انتقل إلى الخلف الخاص لا تترتب عليها خلافة فى الخصومة، بل يبقى السلف طرفاً فيها وان لم يكن يعد هو صاحب الحق الموضوعى [1]. أى أن الخلف يعتبر فى هذه الحالة من الغير وليس خصماً، فيصح اختصامه، وإذا صدر الحكم ضد السلف - البائع - فى دعوى صحة التعاقد - جاز له أن يطعن فى هذا الحكم ولو كان قد باع ذات المبيع إلى مشتر آخر [2]، لأنه لا يفقد صفته كخصم فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم.

٧- الغير :

اصطلاح الغير يعتبر من اقدم الاصطلاحات القانونية، فقد استعمله الرومان فى عبارة «ان العقود وأحكام القضاء لا تتعدى لغير أطرافها بنفع ولا ضرر»، أو أن «حكم العقود والقضاء الاقتصار» [3]، ولفظ Alii الرومانى هو الذى أصبح الشخص الثالث Tierce Personne ثم استعمل بدلاً منه اصطلاح الغير [4]، وتبنت المجموعة المدنية الفرنسية هذا الاصطلاح، وتبعها فى ذلك قانوننا المدنى جديده وقديمه، ثم انطلق التشريعان به إلى مجالات عديدة ومتباينة، فاكتسب على هذا النحو حظاً من الشيوع مشهود، وأخذ به

---

(١) أنظر فتحى والى - ص ٢٩٧ - وأنظر كذلك السنهورى - الوسيط - جزء أول - مصادر الالتزام - ص ٥٥٤، وقارن نبيل عمر - ص ٤٩٥، ٤٩٦.

(٢) نقض ١٩٨٠/١/٣١ - طعن رقم ١٤٥١ لسنة ٤٨ ق - لدى فتحى والى - الوسيط - ص ٢٩٧ هامش ٤.

(٣) "Res inter alias acto aliis naque nocers raque pradesse"

أنظر بالتفصيل - الغير فى القانون المدنى المصرى - عاطف محمد كمال فخرى - رسالة دكتوراه - الاسكندرية ١٩٧٦ - ص ١ وما بعدها.

(٤) اصطلاح الشخص الثالث استعمله دوما، واصطلاح الغير استعمله بوتييه (عاطف فخرى - ص١).

المشرع المصرى كذلك فى قانون المرافعات، وردده المحاكم وجرت به أقلام الشراح، ولكنه ظل رغم هذا كله بعيداً عن التحديد التشريعى، إذ لم يعن المشرع، سواء فى فرنسا أو مصر، بتحديد دلالته الفنية [1].

وكلمة الغير كلمة ذات معان متعددة، تتصل بموضوعات كثيرة، ولكن كل منها محدد وعلى نحو يمكن من استعماله وحده فى كل حالة[2]، فتحديد الغير يختلف تبعاً لأوضاعه المختلفة، فهناك الغير فى العقود - فى أثر العقد أو سريانه وفى التسجيل - وهناك الغير فى حجية الورقة العرفية، والغير فى الصورية، والغير فى الأحكام، وهو فى كل وضع من هذه الأوضاع يتحدد على نحو يتلاءم مع هذا الوضع، والفكرة المشتركة فى كل هذه الأوضاع أن أثراً قانونياً معنياً قد يمتد لشخص تقضى المبادئ العامة للقانون بحمايته من ان يمتد إليه، فيعتبر من الغير بالنسبة إلى هذا الأثر [3].

معنى ذلك أن الأغيار ليسوا جميعاً بمنزلة سواء فى التشريع [4]. والأصل فى الاجراءات والاحكام والعقود أنها لا تولد آثارها إلا فى دائرة الاطراف وحدهم، فمن لم ترتض ارادته انصراف الاثر الملزم للتصرف - للدعوى أو للحكم أو للطعن أو للعقد... - يظل بمنأى عن هذا الأثر، فلا يصبح بموجبه طرفاً مدعياً أو مدعى عليه، محكوماً له أو عليه، طاعناً أو مطعون ضده، دائناً أو مديناً. وهذا المبدأ يعرف بمبدأ

---

(١) أنظر عاطف فخرى - ص ١.

(٢) عاطف فخرى - ص ٥.

(٣) السنهورى - الوسيط - جزء ٢ -نظرية الالتزام بوجه عام - الاثبات - آثار الالتزام - ص ١٩٦. هامش ١.

(٤) فكل منهم له مركزه الخاص ومصلحته الذاتية، فالغيرية ليست فكرة مجردة منعزلة عن الواقع بل يقف الأغيار من العلاقات التى تحيط بهم «كأشخاص» لكل منهم مركزه القانونى الذى يميزه عن مركز الآخرين (عاطف فخرى - الغير فى القانون المدنى المصرى - ص ٦٧٢).

نسبية الاجراءات أو التصرفات، والشخص الذى لم ترتض ارادته آثار الاجراء التصرف هو الذى يعنيه اصطلاح الغير، وتبدو دائرة الغير هنا رحبة للغاية إذ تضم كل من عدا الاطراف أو بعبارة أكثر تحديداً كل من لم يرتض انصراف الأثر إليه (١).

أذن، الغير هو كل من عدا الاطراف، أى كل من ترتض ارادته انصراف أثر الاجراء أو التصرف إليه، وتصبح فكرة الغير على هذا النحو سلبية تماماً، إذ يكفى أن نحدد من هو الطرف - فى الدعوى - كى نقف فى الوقت ذاته على تحديد دائرة الاغيار (٢)، وفكرة الغيرية هذه تهدف أول ما تهدف إلى حماية الغير واستقلاله، فهى تكفل له الحرية والاستقلال (٣).

نخلص من كل ذلك إلى أن الغير فى الدعوى هو كل من ليس طرفاً فيها، إذ يجب سحب صفة الغير على كل من عدا الاطراف (٤)، أى أن الغير هو كل من ليس بخصم أو طرف فى الدعوى، وذلك سواء الأجنبى البعيد عن الدعوى، أو من تربطه صلة بأحد الخصوم. فالغير هو من لم يكن مدعياً ولا مدعى عليه ولا خلفاً لأحدهما. وبالتالى يجوز اختصام من عدا هؤلاء : فيجوز اختصام الممثل القانونى لأحد الخصوم أو خلفه الخاص إذا كان قد تلقى الحق من سلفه بعد رفع الدعوى، وكذلك الكفيل والضامن، وغيرهم ممن لا يصدق عليه وصف الخصم. ويصح أن يكون الغير المراد اختصامه شخصاً معنوياً (٥).

---

(١) أنظر عاطف فخرى - ص ٣. ويوضح أن مبدأ نسبية الاحكام يقترب كثيراً من مبدأ نسبية العقود، فالصياغة الرومانية الشهيرة لمبدأ نسبية التصرفات «حكم العقود والقضاء الاقتصار» جمعت بين الحكم وبين التصرف (أنظر ص ٨٠ - هامش ٢).

(٢) تحديد دائرة الغير عن طريق الاستبعاد هو الاسلوب الذى ارتضته غالبية الشراح فى مصر وفرنسا (عاطف فخرى ص ١٧٢، ١٧٣ - رقم١٢١).

(٣) وان كانت مثقلة ببعض القيود (أنظر بالتفصيل - عاطف - ص ٦٧٢).

(٤) عاطف فخرى - ص ٢٧٨ - رقم ١٩٠. وأنظر كذلك سوليس وبيرو - القانون القضائى الخاص - جزء ٣ - ١٩٩١ - ص ٩١٠ رقم ١٠٧٤.

(٥) أنظر نقض ١٩٧٧/٤/٥ - طعن رقم ١٥١ لسنة ٤٢ ق - مجموعة النقض السنة ٢٨ - جزء أول - ص ٨٧٦. وأيضاً أنظر ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - جزء أول - ص ٦٢٧ رقم ٢٥٠.

٨- طبيعة الاختصام «حق للخصم فى ادخال الغير فى الدعوى رغماً عن إرادته» :

يمكن القول أن الاختصام حق أو رخصة للخصوم. فالمشرع المصرى يصرح بذلك فى المادة ١١٧ مرافعات، حينما يقول «للخصم أن يدخل فى الدعوى........». كذلك فإن المشرع الفرنسى يوضح - فى المادة ٣٣١ من قانون المرافعات الحالى أنه «يختصم الغير... عن طريق كل خصم...»، «وكذلك لأى خصم أن يختصم الغير.......». فاختصام الغير بصريح هذه النصوص هو حق للخصوم، أو رخصة لهم [١]، فهو أمر جعله المشرع من سلطتهم.

معنى ذلك أن الاختصام هو حق أو سلطة للخصوم أو هو رخصة لهم [٢]. والمقصود بالرخصة المكنة التى يستعملها شخص بمحض مشيئته

---

(١) كذلك فإن الاختصام عن طريق المحكمة هو رخصة أو سلطة لها فى بعض الحالات، حيث يستعمل المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصرى كلمة «للمحكمة......»، وتوضح المادة ٣٣٢ من قانون المرافعات الفرنسى أن «للقاضى.......».

(٢) لا يفرق كثير من الفقهاء بين الحق والرخصة، ولقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يفرق فى صدر مادته الخامسة بين الحق من ناحية والرخصة والحرية من ناحية أخرى. ولكن لجنة المراجعة حذفت تلك المادة لعدم الحاجة إليها. ويرى البعض اختلاف الحق عن الرخصة فى أن الحق خاص والرخصة عامة، فالحق هو كل مكنة تثبت لشخص من الاشخاص على سبيل التخصيص والانفراد، أما ما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص فرخص واباحات كالحريات العامة وما إليها (المذكرة الايضاحية للقانون المدنى)، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن التفرقة بين الحق والرخصة تقوم على أساس تفرقة أخرى بين مرحلتين يمر بهما المركز القانونى. الأولى انشاء المركز القانونى وفيها نكون بصدد حريات أو رخص تقرر للأشخاص، والثانية مرحلة انتاج المركز القانونى لآثاره وفيها نكون بصدد حقوق تقرر لأطراف المركز الذى نشأ.

بينما يرى اتجاه ثالث (السنهورى) ان الحق يكون له موضوع محدد بينما الرخصة هى مجرد اباحة للشخص فى ان يمارس نشاطه كما يشاء أو بعبارة أخرى هى اباحة بكل ما لم =/=

واختياره والتى يترتب على استعمالها على النحو الذى يرسمه القانون نشوء مركز قانونى محدد، وينتج آثاره إزاء صاحب الرخصة وإزاء من استعملت فى مواجهته دون حاجة إلى رضاء هذا الأخير بذلك الاستعمال، وبحيث يرتب استعمال الرخصة آثاره بمجرد حصوله على النحو الذى يرسمه القانون وليس اعتباراً من صدور حكم قضائى بمشروعية استعمال الرخصة [1].

فكما أن الدعوى هى حق للمعتدى عليه، إذ هى سلطة أو مزية يقررها القانون لصاحب الشأن، أو هى سلطة اجرائية ينظمها قانون المرافعات، وهى بالتالى رخصة له [2]، كذلك فإن الاختصام هو سلطة اجرائية ينظمها قانون

=/= بمنعه القانون (أنظر بالتفصيل - جلال العدوى - المراكز القانونية - ١٩٨٨ - ص ٦٠ وما بعدها).

فالحق هو مكنة قانونية محددة تحقق مصلحة ذاتية مباشرة، فهو يتكون من عنصرين : المكنة القانونية المحددة والمصلحة الذاتية المباشرة. أما الرخصة فإنها ترد على محل بطبيعة غير محدد أو قابل للتحدد لا ذاتياً ولا نوعياً ولا مكانياً ولا بأية طريقة أخرى من طرق التحديد (جلال العدوى - وص ٤٤، ص ٦١، ٦٢).

وأنظر دراسة تفصيلية للحق ونظرية التعسف فى استعمال الحق - اسماعيل العمرى - ١٩٨٤، الناشر مكتبة بسام - الموصل - العراق - ص ٢٢ وبعدها وكذلك ص ١١١ - كلمة الحق مشتقة من أصل لاتينى وتأتى بمعنى التوجيه والتنظيم، ومعناها الاصطلاحى ما هو موافق للقاعدة، ويراد بالحق فقهاً كل مصلحة مختصة بصاحبها باقرار الشارع واعتراف سواء كانت تلك المصلحة يتحقق بها منفعة مادية أو سواء كانت تلك المنفعة متعلقة بالمال أم متصلة بالنفس أم متعلقة بالنظام وشئون الحكم والجماعة أم كانت متعلقة بالمحافظة على الدين ونشره. فالحق مصلحة معلومة ومعينة رسمها وحددها القانون، أما الرخصة فهى اباحة فى التصرف.

(١) أنظر عصام سليم - عدم تجزئة العقد فى الشريعة الاسلامية والقانون - رسالة دكتوراه - الاسكندرية - ١٩٩١ - ص ٧١ رقم ٤٦.

(٢) أنظر نبيل عمر - أصول المرافعات - ص ٣٨١ وما بعدها، وأبو الوفا - المرافعات - ١٩٩٠ - ص ١١٤، فتحى والى - الوسيط - ص ٤٤ وما بعدها، وأحمد صاوى - شرح قانون المرافعات ص ١٣٠ وما بعدها.

المرافعات، تتيح لأى من الخصوم أن يدخل شخصياً من الغير رغماً عن ارادته فى الدعوى.

فاختصام الغير من سلطة الخصوم أو حق أو رخصة لهم، ان شاءوا استعملوها وان شاءوا تركوها. على أن الخصم إن شاء اختصام الغير فيجب عليه أن يتقيد بالأوضاع التى حددها المشرع، من ناحية اجراءات الاختصام وحالاته، والمحكمة تراقبه فى ذلك [(١)].

ولا يحتاج الاختصام لانتاج آثاره إلى رضاء الغير، فليس للغير أن يرفض طلب اختصامه، إذ الاختصام عبارة عن تصرف قانونى بارادة منفردة. فمفهوم التصرف القانونى ينصرف إلى عمل الارادة التى تتجه إلى احداث نتائج قانونية معينة فيرتب القانون عليها هذه الآثار [(٢)]، أى أن جوهر التصرف القانونى هو كونه ارادة منفردة – أو مشتركة – تنصرف على نحو بات إلى انتاج آثار قانونية معينة، فهو محض الارادة تنصرف إلى احداث أثر قانونى [(٣)]، وهذا هو حال الاختصام، تصرف قانونى منفرد، إذ أنه

---

(١) أنظر سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص – جزء ٣ – ١٩٩١ – ص ٩٠٥ رقم ١٠٦٩.

(٢) السنهورى – الوسيط – جزء ثان – نظرية الالتزام – ص ٣٤٠، ٣٤١.

(٣) أنظر عصام سليم – عدم تجزئة العقد – ص ٦٣٥ رقم ٤٦٧.

ويرى البعض أن فكرة التصرف القانونى لا تصلح ولا فائدة منها فى القانون الاجرائى، وان الاعمال القانونية التى تعتبر جزءاً من الخصومة والتى يرتب عليها القانون مباشرة أثراً اجرائياً انما هى اعمال اجرائية وليست تصرفات قانونية. فالاعمال الصادرة عن الخصوم – ومنها اختصام الغير – وان كانت أعمال ارادية، إلا ان ارادة الأفراد ليس لها فى دائرة الاعمال الاجرائية سلطان كذلك الذى لها خارج الخصومة. فالفرد فى الخصومة لكى يحقق هدفاً اجرائياً يخضع خضوعاً تاماً للقانون الذى يبين له الوسيلة ويحدد له شكلها وينظم آثارها. وهو قد يكون له حرية القيام بالعمل أو عدم القيام به، ولكن حتى حينما تكون له تلك الحرية فإن الارادة لا يكون لها أى سلطان لأن الآثار الاجرائية التى تترتب على العمل محددة من قبل المشرع وليس للفرد أن يقوم بتعديلها. ويرجع انعدام سلطان ارادة الخصم إلى أن الخصومة نظام من القانون العام، تخضع منذ بدئها إلى حين انتهائها لاشراف موظف عام هو القاضى، ووجود القاضى يؤدى إلى عدم إمكان أن =/=

تصــرف يعــبر عن ارادة أحــد الخصوم فى احداث أثر قانونى معين يتمثل فى جـلب شـخص مـن الغير إلى الدعوى بغض النظر عن رغبته فى ذلك أو موافقته (١).

من ناحية أخرى، فإن اختصام الغير يتم بمجرد اعلان الخصم رغبته فى ذلك بالطريقة التى رسمها المشرع، فطالما ان الاختصام كان باجراءات صحيحة وفى الحدود التى رسمـها المشرع فى القـانون، فإنه ليس من حق المحكمة – فى ظل النصوص الحالية – أن ترفض ذلك، فالمشرع لم يشر إلى قـدرة المحكمـة على الرفض، ولم يشـترط موافقـهـا أو إستئذانهـا، أو إعتبـار الاختصام عن طريق الخصوم مسألة جوازية للمحكمة، إلا فى حالة اختصام الضامن. وهذه قيود تحد من سلطة المحكمة فى رقابة مدى جدية الاختصام أو أهميته، كما سنرى بعد ذلك.

معنى هذا ان اختصام الغير حق للخصوم، أو رخصة لهم ان بستعملوها أو ان يكفوا عنها. وبمجرد استعمالهم لها فإنها تنتج آثارها القانونية، إذ هى

=/= ترتب أعمال الخصوم آثارها وفقاً لارادة الخصم. فالخصم يقدم الطلب وتقف ارداته عند هذا الحد، فقد يقبل القاضى الطلب أو يرفضه (أنظر بالتفصـيل – فتحى والى – ص ٣٤٩ وما بعدها).

ويميل البعض آلآخر إلى تسمية اعمال الخصومة هذه بالاجراءات القضائية، ويعتبر ان الاجراء القضائى عملاً قانونياً بالمعنى الواسع وذلك باعتباره عملاً اختيارياً يرتب له القانون أثراً معيناً، ويرى أن الاجراء القضائى لا يعتبر عملاً مادياً، وأنه من قبيل التصرفات القانونية الاجرائية (أنظر وجدى راغب – المبادئ ص ٣٠٦ وما بعدها)، وأنظر نبيل عمـر – الاصول – ص ٦٧٥ – حيث يرى ان العمل الاجرائى هو عمل قانونى اى عمل ارادى لهذا لابد من قيام ارادة إتخاذ العمل، وإن القيـام بالعـمل فى الشكل الذى حدده القـانون يعتبر قرينة على وجود الارادة وصحتها.

(١) أنظر جيرار كوستيه – المرافعات المدنية ١٩٧٨ – ص ٢٢٩، رقم ٣٧٩.

تصرف قانونى بارادة منفردة، ولا تحتاج إلى قبول الغير، إذ يصبح الغير طرفاً فى الدعوى بمجرد تعبير أحد الخصوم عن رغبته فى ذلك بالاجراءات القانونية، ولا نحتاج - فى ظل النصوص الحالية - إلى اذن من المحكمة، وان كانت المحكمة تصدر عادة حكماً بقبول طلب اختصام الغير إلا ان ذلك لا يعد من قبيل استئذان المحكمة وضرورة موافقتها وإنما هو نوع من رقابة المحكمة على مدى مراعاة الخصم لاجراءات الاختصام وللتقيد بحالاته واستيفاء شروطه التى تطلبها المشرع، فإن تحققت من كل ذلك وجب عليها أن تقبل طلب اختصام الغير.

نخلص من ذلك أن الاختصام يعد تعبيراً عن ارادة أحد الخصوم فى ادخال شخص من الغير فى الدعوى، وأنه من حق الخصوم [1]، وان سلطة المحكمة - فى ظل النصوص الحالية - مقيدة تجاه هذه السلطة. وارادة الخصوم فى اختصام الغير تظهر فى صورة طلب، هو من قبيل الطلبات العارضة [2]، لأنه يعدل من نطاق الدعوى الشخصى، إذ أنه

---

(١) قارن الانصارى حسن النيدانى - مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه فى قانون المرافعات المصرى والفرنسى - رسالة - اسكندرية - ١٩٩٦ - ص ٣٩٩ - حيث يرى أن الاختصام حق للقاضى وليس حق للخصم، إذ لو كان حق للخصم فى أن يختصم فليس للقاضى الاعتراض على ممارسة الخصم لهذا الحق طالما توافرت شروطه.

ولا نرى ذلك، فليس الاختصام بحق للقاضى بأى حال، وإنما هو يتم بناء على ارادة الخصم ويحقق آثاره بمحض هذه الإرادة، وما يصدر عن القاضى ليس سوى تقريره وتأكيد لتلك الارادة، وسلطة القاضى لا تصل لحد احلال ارادته محل ارادة الخصم، وهو مقيد بالأذن بالاختصام طالما تحققت متطلباته وحق القاضى فى الاختصام ينحصر فقط فى حالات الاختصام القضائى (أنظر سوليس وبيرو - جزء ٣ - ص ٩٠٥ رقم ١٠٦٩).

(٢) أنظر محمد محمود ابراهيم - نظرية الطلبات العارضة ص ٤٥٢، ٤٦٢.

يضيف خصماً إلى الدعوى، وبالتالي ينطبق على طلبات الاختصام نظام الطلبات العارضة.

فشأن طلب الاختصام شأن أى طلب عارض، يشترط لقبوله أن تتوافر لدى مدعى الاختصام الشروط المطلوبة لجلب الغير أمام القضاء عن طريق الطلب العارض، أى أن تكون لديه مصلحة وصفة وأهلية. وأن تتوافر رابطة كافية بين طلب الاختصام والطلب الأصلى [1]. فيشترط وجود خصومة أصلية فى اللحظة التى يقدم فيها طلب الاختصام، وأن تكون هناك صلة كافية بين تلك الخصومة وبين هذا الطلب [2]، وأن يقدم طلب الاختصام قبل قفل باب المرافعة [3].

---

(١) سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص – جزء ٣ – ١٩٩١ – ص ٩٩١ رقم ١٠٧٤.
على أنه إذا اتصل الأمر باختصام الغير لجعل الحكم مشتركاً وبهدف حرمان الغير من طريق اعتراض الخارج على الخصومة لاحقاً، فإن طلب الاختصام لا يقدم إلا ضد الغير الذى يكون مقبولاً منه أن يمارس هذا الطريق للطعن إذا كان القرار الصادر فى الطلب الأصلى من شأنه أن يصيبه بضرر.

(٢) أنظر سوليس وبيرو – جزء ٣ – ص ٩١١ رقم ١٠٧٥. والأحكام التى يشيرا إليها فى هذا المعنى. على أنهما أوضحا أنه إذا كان الاختصام بهدف جعل الحكم الصادر فى الطلب الأصلى حجة على الغير، فإنه شرط الصلة الكافية يختلط مع شرط المصلحة التى يستند إليها طلب الاختصام الامر الذى يؤدى إلى ضياع كل فائدة إذا لم تكن هناك صلة كافية مع الادعاء الأصلى. أما عندما يكون اختصام الغير راجعاً إلى الحكم على الغير شخصياً، فإن شرط الصلة الكافية لا يختلط بالضرورة مع مصلحة طالب الاختصام ويستلزم أيضاً أن تكون الصلة كافية وذلك حتى لا يحرم الغير تعسفياً من قاضيه الطبيعى.

(٣) أنظر أحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ٩٥، ٩٦ رقم ٩٥.

الفصل الثانى

«حالات الاختصام»

٩- حالات اختصام الغير ليست حصرية :

إذا كان اختصام الغير لا يُقبل بنفس الاتساع الذى يقبل به التدخل الاختيارى، لأنه يمكن أن يؤدى إلى حرمان الغير بطريقة تعسفية من قضاته الطبعيين [1]، إلا أن ذلك لا يعنى ان الاختصام مقصوراً على حالات محددة على سبيل الحصر. فالمشرع المصرى أعطى الخصوم سلطة اختصام أى شخص من الغير طالما كان يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها (المادة ١١٧ مرافعات). أى أن المشرع يرسى قاعدة عامة مؤداها ان الاختصام غير قاصر على حالات محددة، وانما يتسع ليشمل كل الحالات التى كان فى الامكان اختصام الغير عند رفع الدعوى ليقضى ضدهم بثبوت الحق المتنازع فيه.

كذلك فإن المشرع نظم بالتفصيل، بجانب تلك القاعدة العامة، حالة ادخال ضامن فى الدعوى، وهى صورة من صور اختصام الغير، حيث ان الضامن يعتبر من الغير، ويجوز لأى من الخصوم ان يدخله فى الدعوى رغماً عن ارادته. وتنفرد تلك الصورة من صور اختصام الغير باهتمام المشرع بها ومعالجتها بالتفصيل، حيث أفرد لها أربع مواد، من المادة ١١٩ حتى المادة١٢٢ من قانون المرافعات، وذلك على نحو لم يفعله بالنسبة للقاعدة العامة التى تحدث عنها فى مادة وحيدة، هى المادة ١١٧.

من ناحية ثالثة، فإن المشرع المصرى عالج فى قانون الاثبات، حالة اختصام الغير لتقديم ورقة تحت يده (المادة ٢٦ اثبات)، وهى لا تعتبر من الناحية الفنية من صور الاختصام الحقيقى.

---

(١) جابيو - شرح المرافعات - ١٩٣٥ - ص ٥٤٨ رقم ٨٣٥.

أما المشرع الفرنسى، فقد عالج ثلاثة أنواع للإختصام [1]، حيث أجاز لكل خصم أن يختصم شخصاً من الغير طالما أن له تجاهه حق التقاضى بصورة أصلية (المادة ١/٣٣١ من قانون المرافعات الفرنسى) وأضاف إلى ذلك حق الخصم فى اختصام الغير وذلك إذا كان للخصم مصلحة فى أن يجعل الحكم الصادر حجة على الغير (المادة ٢/٣٣١). كما أنه عالج بالتفصيل مسألة اختصام الضامن، وذلك فى خمس مواد - المواد من ٣٣٤ حتى ٣٣٨ من قانون المرافعات.

ونعرض أولاً لمسلك المشرع المصرى، من خلال تحليل القاعدة التى جاء بها، وبعد ذلك لاختصام الغير لتقديم ورقة تحت يده، أما اختصام الضامن فإننا نفرد له، لأهميته، فصلاً مستقلاً من هذا الباب هو الفصل الخامس.

١٠- القاعدة العامة : يجوز اختصام الغير فى الدعوى طالما كان يصح اختصامه فيها عند رفعها :

ان المشرع المصرى بنصه فى المادة ١١٧ على أن للخصم أن يدخل فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، قد وضع قاعدة عامة مؤداها أن الخصم يستطيع أن يقاضى من كان يصح رفع الدعوى عليه بداءة تجنباً لتعدد المنازعات وتعارض الاحكام [2]، إذ أن الاختصام يحقق هنا مزية فض نزاعين أو أكثر فى قضية واحدة أو على الأقل جعل الحكم الصادر حجة على المختصم فيمتنع عليه الاحتجاج بنسبيته [3]، كما يقول المشرع الفرنسى، والذى دفع المشرع إلى ذلك التحديد «اختصام الغير طالما كان

---

(١) أنظر سوليس وبيرو - القانون القضائى الخاص - جزء ٣ - ١٩٩١ - ص ٩٠٣، ٩٠٤.

(٢) أحمد صاوى - شرح قانون المرافعات - ١٩٨١ - ص ٢٠٣. وأنظر جلاسون وتيسييه - الشرح - جزء ١ - طبعة ٣ - ص ٦٣٧، ٦٣٨.

(٣) أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٥٨٥. وأنظر موريل - الشرح - ١٩٤٩ - ص ٣٠٥، ٣٠٦ - رقم ٣٧٤.

يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها، أنه قد يحدث فى بعض الحالات أن تتوافر الصفة فى الدعوى الأصلية لأكثر من شخص سواء من ناحية المدعى أو المدعى عليه، ولكن الدعوى لم ترفع إلا من أحدهم أو لم ترفع إلا على أحدهم، فى تلك الأحوال يجوز اختصام من لم يرفع الدعوى منهم أو لم ترفع عليه الدعوى (1).

ومن أمثلة ذلك، أن يرفع الدائن دعوى للمطالبة بالدين على أحد المدينين المتضامنين، فيجوز اختصام غيره من المدينين المتضامنين بناء على طلب الدائن أو المدين، كذلك الحال لو رفع أحد الشركاء على الشيوع دعوى للمطالبة بملكية المال الشائع، فيجوز اختصام غيره من الشركاء. أيضاً إذا قدم الخصم طلب عارضاً مرتبطاً بالطلب الأصلى، فإنه يجوز أن يختصم من يكون ذا صفة بالنسبة للطلب العارض، كما لو كانت الدعوى الأصلية دعوى تقرير ملكية عقار وقدم طلباً عارضاً بابطال بيع المدعى عليه للعقار، حيث يجوز ان يختصم المشترى (2).

ويلاحظ ان تحديد من كان يصح رفع الدعوى عليه، وبالتالى يجوز اختصامه، يقتضى بحثاً فى المراكز الموضوعية للخصوم، هذا البحث يقوم به القاضى، ليس بهدف الفصل فيه، بل بغرض التحقق من شروط قبول الطلب العارض المقدم من أحد الخصوم (3). فإذا جاز اختصام كل من يجوز اختصامه فى الدعوى عند رفعها، فإنه لا يقبل اختصام من كان يجب اختصامه بها، ذلك أنه إذا رفعت الدعوى ابتداء دون اختصام من يجب اختصامه فإنها تكون غير مقبولة (4).

---

1) أنظر وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٣، وكذلك أبو الوفا – المرافعات – ١٩٩٠ – ص ١٥٨.

2) وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٣، وأنظر كذلك – جابيو – الشرح – ١٩٣٥ – ص ٥٤٧، ٥٤٨ – رقم ٨٣٣.

(3) نبيل عمر – أصول المرافعات – ص ٥٥٥.

(4) ولا يستثنى من هذا إلا ما يتعلق بالتعدد الوجوبى من جانب المدعى عليه تطبيقاً للمادة ١١٥ مرافعات – فتحى والى – الوسيط – ص ٣٢٧، ٣٢٨.

معنى ذلك أن اختصام الغير، إعمالاً لتلك القاعدة، إنما يكون جائزاً فى حالة التعدد الجوازى – أو الاختيارى – للخصوم دون التعدد الوجوبى أو الاجبارى. ويحدث التعدد الاختيارى عندما يكون للمدعى بدء خصومة واحدة ضد أكثر من شخص أو يكون للمدعين بدء خصومة واحدة ضد شخص واحد أو أكثر (١)، ففى هذه الحالة يكون الحق موضوع الدعوى متعدد الاطراف، مثل دعوى يرفعها ورثة الدائن للمطالبة بحق مورثهم أو دعوى يرفعها الدائن على ورثة مدينه (٢).

فالتعدد الاختيارى لأشخاص الخصومة عند بدئها، أى أن الدعوى كان يمكن رفعها فى البداية من أو ضد عدة أشخاص، قد يوجد فى الاحوال التى تتعدد فيها الدعاوى ويمكن مواجهة ذلك فى حالتى الارتباط بين الدعاوى ووحدة المسألة المطلوب الفصل فيها. فحيث يوجد ارتباط مما يجيز جمع الدعاوى فى خصومة واحدة لو بدأت على استقلال، فإنه كما يجوز رفع الدعوى ابتداء بالنسبة لها باجراءات واحدة (٣)، فإنه يجوز كذلك طالما ان الدعاوى لم ترفع معاً من البداية، أن يختصم الغير اثناء سير الدعوى، بتوجيه طلب عارض مرتبط بالدعوى الأصلية.

كذلك قد يتعدد الاشخاص تعدداً اختيارياً فى حالة وحدة المسألة المثارة أو المطلوب الحكم فيها (٤). ويقصد بالمسألة المثارة، أو المسألة المطلوب حلها، تلك المسألة القانونية التى يتوقف الفصل فى دعويين، ولو جزئياً على

---

(١) فتحى والى – ص ٣١٤.

(٢) وجدى راغب – ص ٤٧٦.

(٣) أنظر نبيل عمر – الأصول – ص ٥٤١، وكذلك فتحى والى ص ٣١٤، ووجدى راغب – ص٤٧٧.

(٤) اصطلاح المسألة القانونية المثارة، استعمله المشرع الايطالى، حيث جعل ذلك ضمن اسباب تعدد الدعاوى فى الخصومة الواحدة، وذلك فى المادة ١٠٣ مرافعات (وجدى راغب – ص ٤٧٨ هامش ١٦٣).

تلك المسألة التى تثيرها كلا الدعويين، أى مسألة متماثلة بين عدة دعاوى تبرر رفع تلك الدعاوى معاً ولو لم يوجد ارتباط بالمعنى الصحيح بينها. فيوجد بين الدعويين تماثل فى الموضوع مع وحدة أحد الطرفين فيها، كما هو الحال بالنسبة للمؤجر الذى يرفع عدة دعاوى بصحيفة واحدة على مستأجرين الذين تأخروا فى دفع الأجرة مثلاً، أو أن يقيم المستأجرين - لشقق فى مبنى واحد - دعاوى على مؤجر المبنى يطالبون بتخفيض الأجرة استناداً إلى نفس القاعدة القانونية [١]، فيجوز فى تلك الاحوال، للمؤجر، أو للمستأجرين، أن يرفعوا عدة دعاوى من البداية لأن المسألة المطلوب حلها واحدة فيها، ولو لم يكن هناك ارتباط بين تلك الدعاوى، على أنه إذا لم يحدث ذلك، ولم ترفع تلك الدعاوى من البداية، فإنه لا يجو اختصام الغير، اثناء سير الدعوى ذلك ان وحدة المسألة المثارة تبيح فقط رفع تلك الدعاوى معاً من البداية ولا تبيح الاختصام، ذلك لأن الاختصام مشروط بقيام ارتباط بين الدعوى الاصلية وطلب الاختصام، ولا يكفى وجود عامل بين الطلبات لأن الدعوى المماثلة تخرج تماماً من اطار الدعوى الاصلية [٢].

اذن، يمكن اختصام الغير، حيث يكون التعدد اختيارياً، فى حالة الارتباط فقط، أما حيث يكون سبب التعدد الاختيارى هو وحدة المسألة المثارة فإنه لا يجوز الاختصام. كذلك لا يصح اختصام الغير فى حالة التعدد الاجبارى أو الحتمى للخصوم، ويعتبر التعدد حتمياً أو اجبارياً إذا لم يترك التعدد لاختيار الخصوم، فالدعوى لا يفصل فيها إلا فى مواجهة اطراف متعددين، ولهذا فإن الصفة فى الدعوى - سواء إيجابية أو سلبية - تكون لعدة أشخاص معاً لا لشخص واحد. لذلك فإنه إذا رفعت دعوى

---

(١) أنظر فى المسألة المثارة فتحى والى ص ٣١٤، وجدى راغب - ص ٤٧٧، ٤٧٨، نبيل عمر - ص٥٤١.

(٢) أنظر وجدى راغب - ص ٤٩٤، وكذلك فتحى والى - ص ٣٢٨.

يجب فيها التعدد دون اختصام من يجب اختصامه فإن الجزاء هو عدم قبول تلك الدعوى، ولا يجوز اختصام الغير فى تلك الاحوال، وذلك لانعدام الصفة. فالمدعى الواحد حيث يجب تعدد المدعين لا صفة له وحده، كذلك لا صفة للمدعى عليه وحده، حيث يجب تعدد المدعى عليهم، فالدعوى تعتبر مرفوعة من – أو على – غير ذى كامل الصفة [1]. على أن البعض يذهب فى تلك الحالة إلى أن الصفة فى الدعوى تكون متوافرة للخصم الذى اشترك فى الاجراءات وإنما تكون الاجراءات ناقصة لعدم استكمالها من أو فى مواجهة الخصم الذى لم يشترك، فهو عيب فى الاجراءات لا فى الدعوى [2]. ولكننا لا نؤيد ذلك الرأى، اذ ان المشرع يوجب تعدد المدعين أو تعدد المدعى عليهم، أى ان الصفة لا تكون كاملة إلا بهؤلاء جميعاً، وإلا فإنها تكون ناقصة، فالامر يتعلق بالصفة وليس

---

(١) فتحى والى – ص ٣١٦، ومن نفس الرأى نبيل عمر – ص ٥٤٢، ومحمد ابراهيم – النظرية العامة للطلبات العارضة – ص ٤٤٣، ٤٥٠.

على أنه يجب مراعاة نص المادة ٢/١١٥، فإذا كان يجب رفع الدعوى على أكثر من شخص ورفعت على واحد فقط فإنه يعتبر غير ذى كامل الصفة ولكن بدلاً من أن تحكم المحكمة بعدم القبول فإنها تؤجل الدعوى لاعلان ذى الصفة خلال مهلة يحددها المدعى، فإن لم يتم اعلان باقى ذوى الصفة خلال تلك المهلة فإن على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام كامل الصفة، أما إذا اعلن ذى الصفة اعتبرت الدعوى موجهه إليه منذ رفعها (أنظر فتحى والى – ص ٣١٦ وص ٤٩٥ وما بعدها). ويراعى أن تصحيح الدعوى بادخال صاحب الصفة فيها يجب ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها، فالتصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد (نقض ١٩٨٠/٢/١٢ – طعن رقم ٢٥٢ لسنة ٤٦ ق ، وفى ١٩٧٧/٥/٣ – طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق – لدى الدناصورى وعكاز – التعليق – طبعة سابعة – ص ٤٩٢، ٤٩٣، المادة ١١٥. كما أن ذلك قاصر على محكمة الدرجة الأولى لأنه لا يجوز أن يختصم أمام محكمة الدرجة الثانية من لم يكن مختصماً أمام محكمة الدرجة الأولى، نقض ١٩٧٧/٢/٢ – السنة ٢٨ – ص ٢٥٣.

(٢) وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٨٠.

بالاجراءات، خاصة ان الاجراءات فى تلك الاحوال تكون غير قابلة للتجزئة، وهذا ما دفع بانصار الرأى المخالف إلى القول بان هذا النقص فى الاجراءات يساوى انعدامها ولذا يجب على المحكمة - من تلقاء نفسها - أن تأمر باستكمال هذا النقص وإلا كان الحكم منعدماً.

ويمكن القول أن حالات التعدد الحتمى للخصوم ترجع إلى عدم قابلية موضوع الخصومة للتجزئة بين هؤلاء الخصوم. فتعدد الخصوم يكون حتمياً كلما كان موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة ولو لم ينص القانون على وجوب هذا التعدد (١).

ويكون الموضوع غير قابل للتجزئة اما بطبيعته، لأنه لا يقبل الانقسام، وهذه هى عدم القابلية للتجزئة أو للإنقسام بصفة مطلقة، أو لمفهوم قصد الاطراف (٢). وعدم التجزئة يقتضى تعدد الخصوم تعدداً حقيقياً، وان يستمر هذا التعدد - أو الاختصام - حتى صدور حكم منه للخصومة، فيجب تسوية النزاع - بين جميع الخصوم - بحل واحد، فمن المستحيل عقلاً فرض أكثر من حل وإلا صرنا إلى التناقض، فقاعدة عدم التجزئة لا تستقيم إلا مع نزاع واحد انتظمته خصومة واحدة (٣). ولذلك يجب اختصام جميع هؤلاء الاطراف عند رفع الدعوى، فهو تعدد اجبارى لا تستقيم الخصومة بدونه.

---

(١) وجدى راغب - المبادئ - ٤٧٩. وأنظر كذلك الانصارى حسن النيدانى - مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه - ١٩٩٦ - ص ١٢٨ وبعدها.

(٢) أنظر السنهورى - الوسيط - جزء ٢ - ص ٢٧٥.

(٣) أنظر بالتفصيل - محمد محمود ابراهيم - فكرة عدم التجزئة فى قانون المرافعات المدنية، ص ٦ وبعدها. أنظر أحكام نقض ١٩٦٤/١٢/٢١ - مجموعة النقض السنة ١٥ - ص ١٢٦٦، نقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - السنة ١٤ - ٣٨١، ١٩٦٧/٢/٢٨ السنة ١٨ - ٥٠٩، ١٩٦٧/٣/٧ السنة ١٨ - ص ٥٦٥، ١٩٧٩/٢/٨ - طعن رقم ٢٥٧ السنة ٤٢ ق - لدى الدناصورى وعكاز التعليق - جزء ٢ - ص ١٣٦ وبعدها. وأنظر أيضاً الانصارى - ص ١٢٨ وبعدها.

ومن أمثلة الدعاوى التي يجب أن يتعدد فيها الخصوم : دعوى الشفعة، إذ يجب أن ترفع على كل من البائع والمشترى وإلا سقط الحق فيها (المادة٩٤٣ مدنى) والدعوى غير المباشرة، حيث يجب رفعها من الدائن على كل من مدينه ومدين المدين (المادة ٢٣٥ مدنى)، ودعوى القسمة، يجب رفعها على جميع الشركاء (المادة ٨٣٦ مدنى) [(١)]، والطعن فى الحكم باشهار والافلاس، اذ يجب ان يوجه إلى الدائن طالب اشهار الافلاس لأنه من المحكوم لهم فى الحكم باشهار افلاس المدين، كما يجب توجيهه إلى وكيل الدائنين باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين [(٢)]. دعوى بطلان عقد أو صوريته، إذ يجب ان توجه إلى جميع اطراف العقد [(٣)]. وكذلك دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، حيث يوجب القانون (المادة ٣٩٤ مرافعات) رفعها على كل من الخصم والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين، وأيضاً دعوى استحقاق العقار الفرعية، يجب رفعها على الدائن مباشر الاجراءات والمدين أو الحائز أو الكفيل العينى وأول الدائنين المقيدين (المادة٤٥٤ مرافعات).

نخلص من كل ذلك أن المشرع حينما يقرر أنه يجوز اختصام الغير فى الدعوى طالما كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، فإنه إنما يتحدث عن الاختصام الاختيارى لا الاختصام الاجبارى، وذلك حيث يكون سبب التعدد الاختيارى هو الارتباط دون حالة وحدة المسألة المثارة، فالارتباط يرسم حدود طلبات الاختصام، تماماً كما انه يحدد الاطار العام للطلبات العارضة. فحيث يوجد ارتباط يمكن لأى من الخصوم أن يختصم هذا الغير الذى

---

(١) أنظر بالتفصيل، محمد محمود ابراهيم – فكرة عدم التجزئة – ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) أنظر فى هذا المعنى نقض ١٩٧٠/١/٨ – مجموعة النقض السنة ٢١ – ص ٦٢. وكذلك نقض ١٩٨٢/٢/١٥ – طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٤٧ ق – السنة ٣٣ – جزء أول – ص ٢٤١. وأنظر أيضاً سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص -٣- ص ٩٠٦ رقم ١٠٧٠.

(٣) أنظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ – السنة ٢١ – ص ٣٨١.

كان يجوز رفع الدعوى منه أو عليه من البداية، بحيث أن الدعوى تستقيم لو اختصم شخص دون آخر. وهذه السلطة مقررة لكل من المدعى أو المدعى عليه، فالمشرع يستعمل فى المادة ١١٧ كلمة «للخصم» فهذا اللفظ ينصرف إلى المدعى أو المدعى عليه، وان كانت عبارة «من يصح اختصامه فيها عند رفعها» تفيد - لأول وهلة - من كان يصح رفع الدعوى عليه إلى جانب المدعى عليه الأصلى، إلا أن الواقع أن للمدعى عليه كما للمدعى اختصام اشخاص فى الدعوى، ما دامت تربط من يراد اختصامه بالدعوى صلة محققة، كانت تبرر وجوده ضمن اشخاصها من أول امرها [(١)].

١١- ضوابط اختصام الغير وفقاً لتلك القاعدة :

تلك هى سلطة الخصوم فى اختصام الغير، لأى منهم ان يختصم اى شخص من الغير طالما كان يجوز اختصامه فى الدعوى وقت رفعها. على ان المشرع لم يشأ ترك تلك السلطة للخصوم بلا ضابط أو رقيب، وإنما هناك ضوابط معينة تحكم الاختصام، كما أن المحكمة تراقب الخصوم فى استعمالهم لتلك السلطة. وتتمثل تلك الضوابط فى ضرورة أن يكون هناك مصلحة وراء الاختصام، كما يجب أن يكون هناك ارتباط بين الدعوى المرفوعة بين الخصوم وبين الطلب الموجه إلى الغير لاختصامه.

---

(١) أحمد مسلم - الأصول - ص ٥٨٥، وكذلك من هذا الرأى فتحى والى - ص ٣٢٧، نبيل عمر - ص ٥٥٤، وجدى راغب - ص ٤٩٣، وقارن أمينة النمر - الدعوى واجراءاتها - ص ١٥٨ - حيث تذهب إلى أن عبارة المشرع يقصر الأمر على اختصام الغير من جانب المدعى، لأن المشرع يقول «من كان يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها - أى إلى جانب المدعى عليه الأصلى - كما أنه ليس للمدعى عليه أن يختصم فى الدعوى خصماً لم يختصمه المدعى باعتبار أن هذا الأمر مرجعه ارادة هذا المدعى. وهذا ما لا نراه، حيث أنه يأخذ بظاهر العبارة، ويتعارض مع صريح نص المادة ١١٧ فى بدايتها، كما أنه يغفل حكمة الاختصام . ولم نر من يؤيد هذا الرأى فى الفقه أو القضاء».

فبجانب اشتراط أن يكون من الجائز رفع الدعوى على الغير، أو منه، بصفه مبتدأ، وهو ما نص عليه المشرع فى المادة ١١٧ ، يجب أن تكون للخصم مصلحة من وراء اختصام الغير. ذلك أنه لا دعوى بلا مصلحة، فلا يقبل أى طلب – أو دفع – لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون (المادة ٣ مرافعات). فيشترط لقبول جميع الطلبات – سواء كانت أصلية أو عارضة، أن يكون لصاحبها مصلحة من وراء ذلك، بمعنى أن تكون هناك منفعة أو فائدة من وراء ذلك، أى أنه يحتاج إلى الحماية القضائية فى هذا الصدد. وطلب الاختصام من صور الطلبات العارضة التى تخضع لقاعدة أنه لا دعوى أو طلب بلا مصلحة. ذلك أنه يبدى أثناء الدعوى ويرمى إلى التعديل فى أحد عناصرها – العنصر الشخصى – وذلك بادخال شخص من الغير فى الدعوى. لذلك وجب أن تكون هناك مصلحة لقبول طلب الاختصام، أى أن تكون هناك منفعة تعود على الخصم من اختصام الغير للحكم عليه بطلباته[١].

معنى ذلك أن شرط المصلحة هو شرط ضرورى لقبول اختصام الغير[٢]، فهو شرط لكل الطلبات العارضة دون الحاجة إلى نص خاص، اكتفاء بالنص العام الوارد فى المادة ٣. وهذا الشرط يعتبر من القيود أو الضوابط التى تحكم اختصام الغير، فإذا لم تتبين المحكمة ثمة مصلحة من وراء الاختصام فإنها يجب أن تحكم بعدم قبوله. بينما إذا تحققت من تلك المصلحة فإنها تقبل طلب الاختصام، كما إذا كان يقصد به جعل الحكم الصادر فى الدعوى حجة على الغير حتى لا يجدد النزاع مرة ثانية بحجة أنه لم يكن طرفاً فى الدعوى أو الحكم عليه بذات الطلبات الأصلية أو أى

---

(١) نقض ١٩٧٨٧/١/١٤ – طعن رقم ٣٨١ لسنة ٤١ ق – السنة ٢ – ص ١٨١.

(٢) أنظر نقض ١٩٥٨/٦/٥ – طعن رقم ٥٠٦ لسنة ٢٣ ق – مجموعة القواعد القانونية لسة ٢٥ – جزء ٣ – ص ١١٧ – بند ٣٦ – لدى محمد ابراهيم – نظرية الطلبات العارضة – ص ٤٣٤.

طلب آخر [١]، وهى الامور التى نص عليها المشرع الفرنسى، أو أى مصلحة أخرى تقدرها المحكمة.

من ناحية ثانية، يجب لقبول طلب اختصام الغير أن يكون هناك ارتباط بين هذا الطلب والدعوى الأصلية أى أن تقوم بينهما صلة كافية بأن تكون للغير مصالح مرتبطة بالنزاع القائم بين الخصوم [٢]، أى أن يكون هناك صلة بين هذا الطلب وتلك الدعوى تجعل من المفيد ولحسن سير العدالة ان تفصل فيهما ذات المحكمة وتلك الصلة هى التى تبرر من البداية أن تحتويهما دعوى واحدة. فالارتباط أمر ضرورى، والمشرع بتوضيحه أن طلب الاختصام يوجه إلى شخص من الغير ممن يجوز أن يكون مدعياً أو مدعى عليه فى الخصومة منذ بدئها [٣]، انما يقصد بذلك توافر الارتباط، فهو يقصر الاختصام على الحالات التى كان من الممكن فيها رفع الدعوى من البداية على أشخاص من الغير أو منهم، أى أن هناك صلة من البداية هى التى تبرز مثل هذا الاختصام.

معنى ذلك أن اختصام الغير يفترض على وجه العموم قيام علاقة ارتباط بين الدعوى المطروحة على المحكمة وبين الطلب الموجه إلى الغير بقصد اختصامه، هذا الارتباط كان فى الواقع يبرر رفع الدعوى ابتداء على هذا الغير وبالتالى كان من المفروض أن يوجد تعدد فى الخصوم وقت رفع الدعوى [٤].

وإذا كنا قد أوضحنا أن اختصام الغير انما يكون فى حالات التعدد الاختيارى للخصوم، دون التعدد الاجبارى، وان التعدد الاختيارى يقوم فى

---

(١) أنظر أحمد صاوى – الشرح – ص ٢٠٣. وكذلك سوليس وبيرو – جزء ٣– ص ٩١١ رقم١٠٧٤.

(٢) أنظر جلاسون وتيسييه – الشرح – جزء ١ – طبعة ٣ – ص ٦٣٩، ٦٤٠، رقم ٢٤٩. وأيضاً سوليس وبيرو – ص ٩١١ رقم ١٠٧٥.

(٣) أنظر فتحى والى – ص ٣٢٧.

(٤) نبيل عمر – الأصول – ص ٥٥٥، وأنظر كذلك أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٢، وأحمد صاوى – الشرح – ص ٢٠٣.

حالتى الارتباط ووحدة المسألة المثارة، فإننا نؤكد هنا أنه لا يجوز اختصام من كان يجوز اختصامه فى الدعوى عند رفعها إلا إذا توافرت حالة ارتباط، أما فى حالة وحدة المسألة المثارة – إذا كان يمكن التعدد الاختيارى ابتداء – إلا أنه لا يجوز اختصام الغير فى الخصومة التى بدأت دون تعدد [١].

معنى ذلك أن الارتباط شرط ضرورى لإختصام الغير، فالمشرع المصرى لا يجيز إختصام الغير إلا إذا كان من الممكن اختصامه فى الدعوى عند رفعها أى أن يكون للخصم تجاه الغير حق يريد منه الإعتراف به أو يريد حمايته[٢]، فهو يقصر الأمر على حالة التعدد الاختيارى، للخصوم، دون التعدد الحتمى، وحيث يكون هناك إرتباط يبرر من البداية تعدد الخصوم، أما مجرد التماثل بين الدعوى الأصلية والطلب الموجه إلى الغير فلا يكفى للإختصام لأن الدعوى المماثلة تخرج تماماً عن إطار الدعوى الأصلية، كما سبق وأوضحنا بصدد وحدة المسألة المثارة وبذلك يرسم الارتباط حدود طلبات الإختصام ويعتبر من أهم ضوابطه. وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على شرط الإرتباط إلا أنه إفترضه بنص المادة ١١٧. ولا يمنع من ذلك التحليل أن المشرع نص صراحة على الارتباط كشرط لقبول طلب التدخل ـ فى المادة١٢٦ ـ ذلك أن طلب الإختصام طلب عارض يجب لقبوله أن يكون مرتبطاً بالطلب الأصلى، دون حاجة لنص خاص على ذلك، ويمكن القول أن ما جاء به المشرع فى المادة ١٢٦ – بصدد التدخل – هو تزيد. كما أن عبارة نص المادة ١١٧ ـ بصدد الإختصام – يفترض الإرتباط.

١٢ ـ رقابة المحكمة على الإختصام ومدى سلطتها فى ذلك :

انتهينا إلى أنه يجب لقبول طلب إختصام الغير أن تكون هناك مصلحة

(١) أنظر فتحى والى – ص ٣٢٨، وكذلك وجدى راغب – ص ٤٩٤.

(٢) جلاسون وتسيبيه ـ الشرح ـ جزء أول ـ طبعة ٣ ـ ص ٦٣٨. وكذلك موريل ـ الشرح ـ ١٩٤٩ ـ ص ٣٠٦ رقم ٣٧٤.

من وراء هذا الطلب، وأن يكون هناك إرتباط بينه وبين الدعوى الأصلية. والمحكمة تراقب مدى تحقق هذه الشروط، فالقاضى هو الذى يقدر مدى توافر تلك المصلحة، ومدى تحقق هذا الإرتباط، تقديراً موضوعياً[1]، بحيث يمكنه عدم قبول طلب الإختصام إذ تبين له تخلف أى من هذين الشرطين.

وشرط الارتباط من شأنه أن يمنع الخصوم من اساءة استخدام نظام الاختصام لتغيير الموضوع الأصلى للنزاع أو الانحراف عنه [2]- وذلك بتوجيه طلبات إلى الغير تختلف عن موضوع الدعوى الأصلى خاصة أمام محكمة الاستئناف مما يوسع من نطاق النزاع أو ينحرف به عن موضوعه الذى رفعت به الدعوى أساساً. ويمكن للمحكمة - بناء على ما لها من سلطة فى تقدير شرط الارتباط وشرط المصلحة - أن ترفض من البداية طلبات الاختصام التى ترى أنها تنحرف عن الغرض الذى شرع من أجله الاختصام.

فإذا كان إختصام الغير يعتبر حقاً للخصوم، على ما أوضحنا، فإن هذا الحق الإجرائى يجب أن يمارسه الخصوم فى حدود تلك الضوابط، كذلك يجب ألا يتعسف الخصوم فى إستعمال هذا الحق[3]. إذ الحقوق هى فكرة

---

(١) انظر نقض ١٩٨٤/٥/٢١ ـ طعن رقم ١٩٣ لسنة ٥٠ق ـ لدى الدناصورى وعكاز ـ التعليق ـ طبعة٧ ـ ١٩٩٢ ـ حتى ٤١٤ رقم ٧١، وانظر نقض ١٩٥٤/١/٢١ ـ مجموعة النقض السنة٥ ص٤٣٧.

(٢) أنظر المجلة الفصلية للقانون المدنى - ١٩٧٦ - قضاء ص ٤٢٤ رقم ٧.

(٣) نظرية التعسف فى إستعمال الحق ليست بالنظرية الجديدة أو المبتدعة بل هى نظرية قديمة عرفها الرومان وانتقلت إلى القانون الفرنسى القديم. فالشخص قد يخطئ وهو ملتزم حدود حقه، فالذى يستعمل حقه ولكنه يضر بالغير أثناء هذا الإستعمال يكون مسئولاً عن التعويض. والشخص يرتكب الخطأ هنا فى استعماله لحقه لا فى خروجه عن حدود هذا الحق ولا فى خروجه =/=

نسبية وليست مطلقة، أى أنه ينبغى النظر إليها فى ضوء غاياتها، فلم يعد كافياً استعمال الحقوق وفقاً لما يتفق ونطاق حدودها القانونية أو شكلها القانونى. وفكرة التعسف تعد تأكيداً للحقوق ذاتها وتقييدها وحمايتها مما قد تؤدى إليه من نتائج ظالمة. فالحق والتعسف فكرتان متلازمتان يصحح ويحدد كل منهما الاخر، فلا تنفصل أى منهما عن الأخرى [(١)].

فاستعمال الحقوق مرتبط بتحقيق مصلحة على جانب من الأهمية، وتشكل هذه المصلحة غاية هذه الحقوق، وهذا يقتضى أن يكون استعمالها غرضه الوحيد تحقيق هذه المصلحة، فإذا انحرفت هذه الغاية ولابس استعمالها تحقيق غاية أخرى لا تمت إلى غايتها الحقيقية بصلة، كقصد الإضرار، فإن ذلك يؤدى إلى المسئولية[(٢)]. وأول معيار أتخذ لنظرية التعسف كان معياراً شخصياً محضاً هو نية الرضرار، فمتى ثبت أن الشخص لم يقصد بإستعماله حقه إلا الإضرار بالغير كان هذا تعسفاً يحقق المسئولية. على أن تطور النظرية فى العصر الحاضر أوجد إلى جانب هذا المعيار الشخصى

=/= عن حدود رخصة أباحها القانون، كما هو المألوف فى الخطأ المعتاد (انظر بالتفصيل السنهورى ـ الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات ـ ص٣٣٢ وبعدها، وانظر دراسة تفصيلية للتعسف فى إستعمال الحقوق الإجرائية ـ لدى النفياوى ـ مسئولية الخصم عن الإجراءات ـ ١٩٩١ ـ ص٢٩٨، وبعدها)، وكذلك انظر إسماعيل العمرى ـ الحق ونظرية التعسف فى استعمال الحق ـ ١٩٨٤ ـ رقم ١١٢ ومابعدها).

(١) نبيل عمر ـ سلطة القاضى التقديرية ـ ص ٢٦٩، ٢٧٠.

(٢) إبراهيم النفياوى ـ مسئولية الخصم عن الإجراءات ـ ص ٢٨٩. وانظر اسماعيل العمرى ص١٢١ وما بعدها.

قرينة مادية لتدل عليه، وهى ألا يكون لمن يستعمل الحق منفعة ظاهرية فى استعماله، فإذا انعدمت هذه المنفعة مع وقوع ضرر بالغير كان هذا قرينة على أن من يستعمل الحق على هذا النحو توافرت عنده نية الإضرار. ولم يقف تطور نظرية التعسف عند هذا المعيار الشخصى المصحوب بهذه القرينة المادية، بل أخذ يحل محل المعيار الشخصى معيار مادى هو «الغرض الذى وجد من أجله الحق» فإذا كان استعمال الحق متفقاً مع هذا الغرض كان الإستعمال مشروعاً وإلا فهو تعسف غير مشروع. على أن وجود هذا المعيار المادى لا يغنى عن بحث الدافع النفسى الذى حمل الشخص على استعمال حقه. فإذا اتفق هذا الدافع النفسى مع الغرض الإجتماعى الذى وجد من أجله الحق كان الدافع مشروعاً واستعمال الحق مباحاً، وإذا لم يتفق الدافع مع الغرض كان الدافع غير مشروع واستعمال الحق تعسفاً (١).

معنى ذلك ان التعسف يتحقق عند عدم اتفاق الدافع النفسى الذى حمل الشخص على استعمال حقه مع الغرض الاجتماعى الذى وجد من أجله الحق. وقد يكون عدم الاتفاق هذا متعمداً فيكون سوء النية متوافراً، كما قد يكون نتيجة إهمال أو تقصير، أى أن من يستعمل الحق لم يبذل عناية الرجل اليقظ حتى يجعل الدافع النفسى الذى حمله على استعمال الحق متفقاً مع الغرض الإجتماعى الذى من أجله أعطى الحق فيكون الخطأ متحققاً. وفى الحالتين يكون الشخص متعسفاً فى استعمال حقه لعدم مشروعية الدافع، ويكون حينئذ مسئولاً (٢).

---

(١) السنهورى ـ الموجز فى النظرية العامة للإلتزامات ـ ص٣٣٥، ٣٣٦.

(٢) السنهورى ص٣٣٦.

تلك هى فكرة التعسف فى استعمال الحق، وهى تصلح لأن تحكم استعمال الحقوق الإجرائية. فمن يستعمل حقه يجب أن يهدف إلى تحقيق مصلحة جادة مشروعة، وهى التى من أجلها منح المشرع الحق للشخص. فيجب على الخصم ألا يهدف إلى الإضرار بالغير أو الكيد له، فما شرعت الحقوق لتلك الغايات. والقاضى يراقب الخصم فى ذلك، فهو يقدر ماهية المصلحة المبتغاه من وراء طلبات الخصوم، وهى المنفعة التى تعود على صاحب الحق من استعمال حقه، فالقاضى يستطيع أن يبحث فى وقائع الدعوى ومستنداتها للوصول إلى ما إذا كانت ثمة فائدة أو منفعة تعود على صاحب الحق، فإذا انتهى من بحثه إلى غياب كل مصلحة أو فائدة فإنه يقرر وجود التعسف. أما إذا وجد مصلحة، فعليه أن يوزان بين هذه المصلحة وبين الضرر الذى قد يصيب الغير أو يكون قد أصابه بالفعل نتيجة استعماله الحق. ولكى يصل القاضى إلى القول بمشروعية استعمال الحق فإنه يوازن بين المصالح المتعارضة وطالما قدر أن الضرر يرجح المصلحة أو أن المصلحة قليلة الأهمية فإنه يقرر وجود التعسف(1).

إذن، لكل حق غرض اجتماعى، أو مصلحة يرمى إليها المشرع من وراءه. فإذا لم يقصد الشخص تحقيق تلك المصلحة أو هذا الغرض، فانحرف عنه هادفاً الكيد والمماطلة أو تحقيق مصلحة قليلة الأهمية فإنه يعتبر متعسفاً فى استعمال حقه. فالمشرع الإجرائى نظم التقاضى بقواعد محددة قررت حقوقاً اجرائية للخصوم، هذه القواعد يجب حمايتها من عبث الخصوم،

---

(1) انظر نبيل عمر ـ سلطة القاضى التقديرية ـ ص٢٧٤، ٢٧٥، وانظر كذلك عزمى عبد الفتاح ـ نحو نظرية عامة لفكرة الدعوى ـ ١٩٩٠، ص٢٤٠ وما بعدها.

وحماية الخصم من آلاعيب وحيل خصمه، كذلك يجب أن يحترم الخصوم هذه القواعد بممارسة حقوقهم تحقيقاً للأغراض التى رسمها المشرع. وقد شرع المشرع الإختصام بهدف تجنب تعدد المنازعات وتعارض الأحكام، بما يحقق مصلحة الخصوم من بسط حجية الحكم إلى شخص من الغير منعاً من تجديد النزاع مرة أخرى أو الحكم عليه بذات الطلبات أو أى طلب آخر، وليس بقصد المماطلة أو الكيد للخصم الآخر.

والملاحظ فى العمل أن أغلب طلبات الإختصام إنما تصدر من المدعى عليه، بهدف إطالة أمد النزاع والكيد للمدعى مما يؤخر أو يمنع فى بعض الحالات من تحقيق العدلة، ويصيب المدعى بضرر متعمد، فالإختصام يتم دون منفعة ظاهرة للإضرار بالمدعى، مما يمثل تعسفاً فى استعمال هذا الحق.

لذلك فإننا نرى أنه من الضرورى أن يراقب القضاء سلطة الخصوم فى إختصام الغير، ولا يحدث الإختصام تلقائياً، بمجرد أن يطلب أحد الخصوم ذلك، وإنما يجب استئذان المحكمة، التى يصبح من سلطتها رفض الإختصام، إذا لم يتحقق من توافر شروطه فعلاً، وكذلك قدرتها على الرفض إذا تبين لها عدم وجود منفعة ظاهرة تعود على المدعى عليه من وراء اختصام الغير، أو أن المدعى عليه خرج بالإختصام عن غاياته التى حددها المشرع، وتعتبر أن تقديم هذا الطلب بعتبر بمثابة تعسف فى ممارسة الحق فى الإختصام، فيصبح من سلطة المحكمة، حيث ترفض الإختصام، أن تحكم على الخصم بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى، مثلما هو الحال حيث ترفض طلب الضمان الذى لا أساس له(١).

---

(١) فالمشرع يعطى للمحكمة، إذا رأت أن طلب الضمان لا أساس له، سلطة الحكم على مدعى الضمان بالتعويضات الناشئة عن تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية (المادة ١٢٢). فيجب إعمال ذات هذه الفكرة طالما أن طلب الإختصام لا أساس له، أى كان يشوبه التعسف أو قدم بنية المماطلة.

أن العمل يشهد حالياً إساءة بالغة من المدعى عليهم فى استعمال حق الأختصام فى الوقت الذى تقف المحاكم فيه عاجزة عن منع هذا التعسف. فسلطتها مرجأة إلى ما بعد توجيه طلب الإختصام، ومما يستتبعه من تعطيل نظر الدعوى لحين تمام إجراءات الإختصام ـ الإعلان. وحينما تتبين المحكمة عدم مشروعية الإختصام يكون قد مضى وقت طويل استغرقته اجراءات الإختصام ـ تركد الدعوى خلاله ـ وحتى حينما يرفض طلب الإختصام وتقضى المحكمة بإخراج الغير لعدم صلته بالدعوى، لا يرتدع المدعى عليه ويعاود الكرة، فيختصم شخصاً آخر ... وهكذا مما يعطل الفصل فى الدعاوى ويربك القضاء.

لذلك فإننا نرى أن اختصام الغير وإن كان من حق الخصم إلا أنه يجب أن تعطى للمحكمة سلطة فى هذا الصدد، فينُص على أن إختصام الغير يكون بعد استئذان المحكمة، التى يجب أن تباشر سلطاتها كاملة فى الرفض إذا تبين لها منذ البداية ـ وقبل توجيه الطلب إلى الغير فعلاً ـ عدم وجود مصلحة ظاهرة من الإختصام أو أن طالب الإختصام لا يرمى إلى تحقيق الأغراض التى رسمها له المشرع. ويتمشى قيد استئذان المحكمة مع طبيعة طلب الاختصام باعتباره طلباً عارضاً، فيجب - من حيث المبدأ - لقبول الطلبات العارضة الحصول على اذن المحكمة حتى لا تتحول هذه الطلبات إلى وسيلة كيد أو إعنات للخصوم وتكون مدعاة لإرباك دفاعهم وإطالة أمد الخصومة [(١)].

ويمكن توسيع سلطة المحكمة فى حالات طلبات الإختصام المتتالية التى تصدر من المدعى عليهم، حيث تملك المحكمة إعتبار ذلك من قبيل

(١) أنظر أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ص ٩٦.

التعسف فى استعمال الحق، وما يترتب على ذلك من آثار. وكما أن المشرع يعطى المحكمة سلطة كبيرة تجاه الإشكالات الوقتية المتتالية، ولا يرتب عليها ذات الآثر الذى يترتب على الإشكال الوقتى الأول - وقف التنفيذ بقوة القانون - فيجب أن يعطى المحكمة تلك السلطة تجاه طلبات الإختصام المتتالية أو المتأخرة[1] نظراً لخطورة أثرها، وتشابهه مع أثر الإشكال الوقتى، لأن كل منهما يعطل الإجراءات، وفى الحالتين - فى الاشكالات المتتالية وطلبات الإختصام المتتابعة - يكون هناك سوء استعمال للرخصة التى منحها المشرع للمنفذ ضده أو للمدعى عليه، أى أن هناك تعسفاً، وهو ما يجب منعه.

اذن، يجب تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق للحد من طلبات الاختصام المتتالية التى لا تهدف إلا إلى عرقلة الدعوى والكيد للخصم، بحيث يمكن تغريم طالب الاختصام والرجوع عليه بالتعويضات، كما فعل المشرع بالنسبة للمستشكل الخاسر فى المادة ٣١٥ مرافعات، وكما فعل بالنسبة لمدعى الضمان فى المادة ١٢٢، بجانب قدرة المحكمة على رفض طلب الاختصام من البداية إذا وجدت أنه قد خرج عن اغراضه التى رسمها المشرع وخاصة فى حالة طلبات الاختصام المتتابعة قياساً على الاشكالات الوقتية المتتالية التى اعطى المشرع للمحكمة تجاهها سلطة كبيرة المادة ٣١٢.

كذلك يمكن تبرير ذلك الحل بأن على الخصم واجب أن يسلك فى الخصومة بحسن نية. فواجب حسن النية الملقى على الخصوم يستلزم توافر حد أدنى من الاستقامة الخلقية فى الخصومة يتمثل فى أن يستهدف سلوك

---

(١) والمشرع الفرنسى أوضح فى المادة ٣/٣٣١ أن اختصام الغير يجب أن يكون فى وقت مقيد لتحضير دفاعه. ويستنتج من ذلك أن الاختصام يمكن أن يكون غير مقبول، وبالتالى يخرج الغير من الدعوى، إذا كلف بالحضور فى وقت لا يستطيع فيه أن يدافع عن نفسه بصورة فعالة (سوليس وبيرو -٣-٠ ص ٩١٥ رقم ١٠٧٨).

الخصم فيها تحقيق مصالحه الذاتية المشروعة بطريقة نزيهة. فإذا باشر اجراء أو قدم طلب أو دفعاً وهو يعلم ألا حق له فيه وإنما قصد مجرد تعطيل الفصل فى الدعوى أو الاضرار بالخصم الآخر فإنه يكون قد أخل بهذا الواجب. ويمكن استنتاج هذا الواجب من نص المادة ١٨٨ مرافعات بصفة خاصة، التى تجيز للمحكمة أن تحكم بالتعويضات مقابل النفقات الناشئة عن دعوى أو دفاع قصد بهما الكيد، وان يحكم بغرامة لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز مائتى جنيه على الخصم الذى يتخذ اجراء أو يبدى طلباً أو دفعاً أو دفاعاً بسوء نيه. فهذا النص إذا كان مقتضاه هو واجب الخصم مباشرة الاجراءات بحسن نية فإنه يمكن ان نستنتج منه على سبيل القياس واجب الخصم السلوك فى الخصومة عموماً بحسن نية [1].

١٣ ـ إدخال الغير لتقديم ورقة تحت يده :

يجيز المشرع ـ فى المادة ٢٦ من قانون الإثبات ـ للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده. ذلك أنه قد يحوز شخصاً من الغير مستنداً يتعلق به حق أحد الخصوم، ففى تلك الحالة يصبح لهذا الخصم أن يطلب من المحكمة أن تأذن بإدخال هذا الشخص لتقديم ذلك المستند، طالما أن هذا المستند كان ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه، مما يحقق العدالة.

---

(١) انظر وجدى راغب ـ المبادئ ص٤٤٨ وما بعدها، وانظر نقض ١٩٥٩/١٠/١٥ السنة ١٠ ص٥٧٤ (لا يسوغ لمن يباشرحق الإلتجاء إلى القضاء الإنحراف به عما وضع له واستعماله إستعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المُساءلة بالتعويض وسواء فى هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه) . وكذلك نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٤٣ق ونقض ١٩٨١/١/٢٨ ـ طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٤٧ق ـ التعليق للدناصورى وعكاز، ١٩٩٢ ص٧٤٣ (لا يسأل من يلج أبواب القضاء تمسكاً أو زوداً عن حق يدعيه لنفسه إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلى الكيد فى الخصومة والعنت فى موضوع الحق إبتغاء الإضرار بالخصم) .

فقد يحدث أن يكون المستند أو الورقة المنتجة فى النزاع القائم بين الخصمين موجودة فى يد شخص من الغير، وقد يمتنع هذا عن تسليمها لأحد الخصمين إما لإنه أؤتمن عليها من قبلهما معاً فلا يستطيع تسليمها إلى أحدهما دون رضاء الآخر، وأما لأنها مشتركة بينه وبين أحد الخصمين فلا يقبل التخلى عنها لهذا الأخير، لذلك أجاز المشرع للخصم ذى المصلحة أن يطلب من المحكمة فى أى حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام محكمة الأستئناف أن تأذن له فى إدخال ذلك الغير لإلزامه بتقديم الورقة الموجودة تحت يده[1].

وللخصم أن يطلب إلزام الغير بتقديم أى مستند أو محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده، وذلك فى حالات محددة ـ منصوص عليها فى المادة ٢٠ إثبات ـ وهى حالات واردة على سبيل الحصر، لا يجوز التوسع فيها ولا القياس عليها، فإذا لم تتوافر أى حالة من تلك الحالات فإن المحكمة ترفض طلب الإدخال[2]. بل أن للمحكمة،حتى فى هذه الحالات المنصوص عليها ـ أن ترفض طلب الإدخال إذا كان فى تقديم المستند أو الورقة ما يضر بمصلحة الغير، كما لو كانت الورقة خطاباً هاماً يتضمن سراً خاصاً يضار مرسله من إفشائه، إذ أن إفشاء الأسرار الخاصة يخالف الآداب العامة[3].

---

(١) سليمان مرقس ـ الوافى فى شرح القانون المدنى - ٥ - أصول الاثبات واجراءاته - المجلد الأول - الأدلة المطلقة - ١٩٩١ - ص ٥١١، ٥١٢. وهذا التنظيم مقتبس من القانون التركى والألمانى ولم ينظم القانون الفرنسى هذا الموضوع (أبو الوفا - المرافعات - ص ٦٩٥).

(٢) انظر نقض ١٩٦١/٤/٢٧ ـ ص ٦٩٥ لسنة ١٢ ص٤٠٤. وانظر سليان مرقس ـ ص٤٨٨، ٤٨٩. وأحمد صاوى ـ ص٤٩١.

(٣) سليمان مرقس ـ ص ٤٩٨.

وهذه الحالات تتمثل فى : أولا، حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الخصمين أو بينهما وبين الغير، أو بين أحدهما وبين الغير، وتعتبر الورقة كذلك إذا حررت لمصلحة الخصمين معاً ـ كما لو كانا مشتريين معقد واحد أو كان شخص من الغير طرفاً فى هذا العقد،وسلم العقد إلى هذا الشخص، أو كانت الورقة مثبتة لإلتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، كعقد بيع أو مقايضة أو إجارة إذا كان العقد حرر من نسخة واحدة لدى شخص من الغير أو فقد أحد الخصوم نسخته[١] .

أما الحالة الثانية، فهى حالة ما إذا كان قد تم الإستناد إلى هذه الورقة ـ التى فى حيازة الغير ـ فى أية مرحلة من مراحل الخصومة، أى أن أحد الخصوم استند فى الدعوى إلى ورقة معينة أمام محكمة أول درجة ثم سحبها وسلمها إلى شخص من الغير، فيمكن لخصمه أن يطالب الغير بتسليم تلك الورقة أمام محكمة الاستئناف[٢] أو أن يكون أحد الخصوم قد استند فى الدعوى إلى ورقة معينة دون أن يقدمها وادعى أنها فى حيازة شخص من الغير، فيمكن لخصمه أن يطلب إلزام الغير بتقديم هذه الورقة حتى يصير التحقق من وجودها وفحصها والتأكد من صحة توقيعها وحقيقة مضمونها، إذ ليس من المعقول أن يسمح لخصمه أن يلوح فى الدعوى بورقة معينة دون أن يقدمها لما يمكن أن يترتب على مجرد التلويح بها من أثر يعلق فى ذهن المحكمة لا يكون مستنداً إلى أساس ثابت[٣] .

---

(١) انظر فتحى والى ـ الوسيط ص٥١٥، وكذلك عبد الوهاب العشماوى ـ اجراءات الإثبات ١٩٨٥ـ ص٩٠ وسليمان مرقس ص٤٩٤. وأحمد صاوى ـ الشرح ـ ص٤٩١ ـ ورمزى سيف ـ الوسيط ١٩٦٩ ـ ص٦١٩.

(٢) انظر فتحى والى ص٥١٥.

(٣) ومجرد الإستناد إلى الورقة فى أى مرحلة من مراحل الدعوى يخول الخصم طلب إلزام الغير بتقديمها، ولو نزل الخصم الذى استند إلى تلك الورقة عن التمسك بها، وذلك إذا اثبت =/=

وبجانب هاتين الحالتين، فإن للخصم أن يطالب بإلزام شخص من الغير بتقديم ورقة تحت يده وذلك إذا أورد القانون نصاً يجيز مطالبة الغير بتقديم المحرر أو تسليمه. ويقصد بالقانون هنا القانون بمعناه العام، وبوجه خاص القانون الموضوعى الذى يفرض مثل هذا الإلتزام كالقانون المدنى والقانون التجارى[1].

إذا توافرت أى حالة من هذه الحالات كان لأى من الخصوم أن يطلب إلزام الغير بتقديم تلك الورقة إلى المحكمة. على أن توافر إحدى هذه الحالات لا يعنى إجابة الخصم لطلبه وإنما الأمر متروك لتقدير المحكمة[2]. فللمحكمة أن ترفض طلب إلزام الغير بتقديم محرر تحت يده إذا كونت عقيدتها فى الدعوى من الأدلة التى إطمأنت إليها أو أن الطالب ليست له مصحة جدية فى الطلب نظراً لأن الفصل فى هذا الطلب يعتبر متعلقاً بأوجه الاثبات فيخضع لتقدير قاضى الموضوع[3] فله أن يرفضه إذا تبين له عدم

=/= طالب تقديمها أن له مصلحة فى ذلك رغم نزول خصمه عن الإستناد إليها. وليس من حق الخصم الذى قدم ورقة فى الدعوى أن يسحبها إلى أن يفصل فى الدعوى إلا إذا وافق خصمه على سحبها أو أذن القاضى أو رئيس الدائرة فى ذلك، وهنا تحفظ منها صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل (المادة ٢٥ إثبات) ـ انظر سليمان مرقس ـ ص٤٩٥، ٤٩٦.

(١) سليمان مرقس ـ ص٤٩٨.

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٣٠ ـ طعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٢ق ـ مجموعة النقض السنة ٢٨ ص٥٤٣، ونقض ١٩٧٧/٢/٢٧ طعن رقم١٨٩ لسنة ٤١ق ـ السنة ٢٨ ص٥٧٢، وفى ١٩٧٦/٣/٣ ـ طعن رقم ١ لسنة ٤٣ق ـ السنة ٢٧ ص٥٦٨، وفى ١٩٧٠/١٢/١٧ ـ طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٦ق ـ السنة ٢١ ص٢٦٣، ١٩٦١/٣/٩ طعن رقم ٣٦ لسنة ٢٦ق السنة ١٢ ص٢١٢. وانظر رمزى سيف ـ الوسيط ـ ١٩٦٩ ص٦٢٠.

(٣) نقض ١٩٦٤/٣/٣٠ ـ السنة ١٥ عدد أول ص٢٤٤، وكذلك نقض ١٩٧٠/١٢/١٧ ـ مشار إليه، ونقض ١٩٨١/١٢/٢٨ ـ طعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٢ق ـ سليمان مرقس ص٥٠٣.

جديته، وهو فى تقدير هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض، لأن ذلك من مسائل الواقع، يدخل فى فهم الواقع فى الدعوى ولا شأن فيه للقانون[1]، فلا يجوز إثارة ذلك أمام محكمة النقض[2]. ولكن على المحكمة إذا رفضت طلب إدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند تحت يده أن تبين سبب ذلك وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور[3].

ويجب على الخصم أن يبين فى طلبه أوصاف المحرر الذى يدعى أنه تحت يد الغير، وفحواه بقدر ما يمكن من التفصيل، والواقعة التى يستدل به عليها، والدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الغير، ووجه إلزام الغير بتقديم المحرر[4]. على أنه يكفى أن يشير الخصم إلى دلائل وظروف تؤيد وجود المحرر تحت يد الغير، ولا يجب تقديم إثبات كامل إلا إذا أنكر الغير وجود محرر تحت يده[5]. ويجب أن يبدى هذا الطلب فى صيغة صريحة جازمة تدل على تصميم صاحبه[6]، أى يجب أن يكون الطلب واضحاً

---

(١) انظر نقض ١٩٥٢/١٢/١١ ـ طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٠ق، ونقض ١٩٣٦/٤/٣ ـ طعن رقم ٧٩ لسنة ٥ق لدى محمد محمود إبراهيم ـ الطلبات العارضة ص٤٥٩، ٤٦٠ ـ والسنهورى ـ الوسيط ص٤٥ هامش٢.

(٢) نقض ١٩٧١/٤/٨ ـ طعن رقم ٤٢٥ لسنة ٣٦ق ـ السنة ٢٢ص ٤٥٩.

(٣) نقض ١٩٧٢/٥/١٣ ـ مجموعة النقض السنة ٣، ص٨٩٤ ـ العشماوى إجراءات الإثبات ص٩٢،٩٣.

(٤) انظر نقض ١٩٥٦/١/١٩ ـ السنة ٧ ص٩٤، وكذلك نقض ١٩٨١/٤/٢٩ ـ طعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٨ق ـ السنة ٣٢ ص١٣٣٤، لدى سليمان مرقس ص٥٠١، وانظر رمزى سيف ـ الوسيط ص٦٢٠،٦٢١.

(٥) فتحى والى ـ الوسيط ص٥١٥، ٥١٦.

(٦) نقض ٥/٢٥ ١٩٨١، طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٧ق ـ السنة ٣٢ ص١٥٨٣، وفى ١٩٧١/٥/٢٠ لسنة٢٢ ص٥٢ ـ سليمان مرقس ص٤٩٩ ـ وانظر أحمد صاوى ص٤٩٢.

صريحاً يقرع سمع المحكمة[1]، وإلا كان للمحكمة ألا تلتفت إليه[2].

وقد يحدث أن يكون المحرر أى الورقة المنتجة فى النزاع موجودة لدى مصلحة حكومية وذلك كما هو الحال بالنسبة بالنسبة لأصول الأوراق الموثقة التى تحفظ بمكان التوثيق، وقد تمتنع تلك المصلحة عن تسليم الورقة إلى أحد الخصوم، فهذه الأوراق لا يجوز نقلها من مكتب التوثيق إلا بناء على قرار من سلطة قضائية.

لذلك إذا طالب أحد الخصوم بالحصول على ورقة لدى مكتب توثيق فإنه يجب على القاضى أن ينتقل إلى مكتب التوثيق ويحرر بحضوره صوره مطابقة لأصل المحرر ويعمل بذلك محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده[3]، أما بالنسبة للأوراق التى توجد لدى مصالح حكومية غير الأوراق الموثقة، فقد جرى العمل على أن ترخص المحكمة إلى الخصم الذى يطلب ذلك بإستخراج صورة رسمية من الورقة إذا كانت الجهة الحكومية ترفض إعطاءه هذه الصورة دون ترخيص[4].

وإذا حضر الغير أمام المحكمة وأقر أن المحرر فى حيازته، أو لم ينكر حيازته له، فإن المحكمة تأمر بتقديم المحرر فوراً، وفى مهلة تحددها له. أما إذا انكر

---

(١) نقض ١٩٧١/١/١٩ ـ لدى العشماوى ـ اجراءات الإثبات ص٩٢.

(٢) نقض ١٩٥٦/١/١٩، طعن رقم ١٨٠ لسنة ٢٢ق السنة ٧ ص٩٤ ـ فى الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض للفكهانى وعبد المنعم حسنى ـ جزء أول ص٦٥ وبعدها ـ رقم١٦١.

(٣) المادة ١٠ من قانون التوثيق.

(٤) وإذا رأت المحكمة حاجة لضم أصل الورقة، فإنها تصدر قراراً بالضم ويتعين على الجهة الحكومية فى هذه الحالة أو تودع الأوراق المأمور بضمها إلى ملف الدعوى (سليمان مرقس ـ الوافى ـ ٨ ص٥١٢،٥١٣).

الشخص صراحة حيازته للمحرر رغم تقديم الخصم إثباتاً كافياً على حيازة هذا الشخص له، فإنه يمكن فى هذه الحالة الحكم عليه بالغرامة التهديدية أو بالتعويض وفقاً للقواعد العامة[1]، ذلك أن القواعد العامة تسمح فى تلك الأحوال أن يطلب الخصم من المحكمة إلزام الغير بدفع غرامة تهديدية تحددها المحكمة، كما أنها تتيح للخصم أن يرجع على ذلك الغير الممتنع بتعويض الأضرار التى سببها له بإمتناعه لأن هذا الإمتناع يعد خطأ موجباً للمسئولية والتعويض وفقاً للقواعد العامة[2]. كما يجوز تطبيق نص المادة ٩٩ مرافعات التى تعطى للمحكمة سلطة الحكم بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائة جنيه[3].

على أنه لا يجوز فى حالة إمتناع الغير عن تقديم الورقة الحكم ضد الخصم الآخر فى الدعوى، أو إعتبار صورة المحرر المقدمة من الخصم الذى طلب إدخال الغير بمثابة الأصل أو الأخذ بأقوال الخصم طالب الإدخال فيما يتعلق بشكل المحرر ومضمونه، ذلك أن هذه الجزاءات التى نصت عليها المادة ٢٤ إثبات، إنما توقع على الخصم فى الدعوى، والغير المطلوب إدخاله لتقديم ورقة تحت يده ليس خصماً بل هو شخص أجنبى عن الدعوى، فهو ليس طرفاً فى النزاع الأصلى، ولا يرتجى منه فائدة ولا يخشى أن يخسر شيئاً، فلا محل بالتالى لتوقيع تلك الجزاءات عليه لأنه لا يهمه أن تعتبر المحكمة صورة الورقة المقدمة من الطالب مطابقة لأصلها ولا أن تأخذ المحكمة فى شأن تلك الورقة بقول الطالب أو عدمه[4].

---

(١) نبيل عمر أصول المرافعات ـ ص٨٣٢.

(٢) سليمان مرقس ـ ص٥١٩.

(٣) انظر فتحى والى ـ ص٥١٩.

(٤) سليمان مرقس ـ ص٥١٣، ٥١٤ ـ وكذلك نبيل عمر ـ ص ٨٣٢.

معنى ذلك أن طلب إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده لا يعتبر من قبيل إختصام الغير، ذلك أن الغير رغم إدخاله فى الدعوى لا يعتبر خصماً بالمعنى الصحيح، فمركزه كمركز الشاهد الذى يدعى للشهادة، يقتصر دوره على تقديم الدليل للإجراءات التى رسمها قانون الإثبات، وهو لا يعتبر طرفاً فى الخصومة ولو أنكر وجود المحرر تحت يده أو أمتنع عن تقديمه[1]، فالخصم هو من يقدم طلباً أو يقدم ضده طلب، والغير فى هذه الحالة لا يقدم طلباً تجاه أحد الخصوم [2]، كما أن الخصم حينما يطلب إدخاله فى الدعوى إنما يكون بهدف تقديم دليل لمصلحته فقط، وفقاً لإجراءات قانون الإثبات، وليس بهدف الحكم عليه أو له بطلب معين، فهو كالشاهد، يمثل فى الدعوى لمجرد تقديم دليل لمصلحة أحد الخصوم.

نخلص من كل ذلك إلى أن طلب أحد الخصوم إدخال شخص من الغير لا يعتبر إختصاماً له بالمعنى الفنى الدقيق، فهو ليس طلباً عارضاً، إذ أنه يفتقد جوهر الطلب العارض، وهو توسيع نطاق الخصومة الأصلية من ناحية الموضوع أو السبب أو الخصوم، فهو مجرد طلب متعلق بالإثبات فى الدعوى الأصلية وهذا الغير لا يمكن اعتباره خصماً بالمعنى الفنى للخصم، فكما أن الغير يدخل أو يمثل فى الدعوى ليدلى بأقواله أو شهادته فى نزاع بين آخريين لا يعنيه، فإنه يدخل هنا أو يمثل ليقدم ورقة تحت يده تمس مصالح

---

(١) فتحى والى ص٥١٧، وكذلك وجدى راغب ص٤٩٩، ونبيل عمر ص٨٣٢. ومحمد إبراهيم الطلبات العارضة ص٤٦٢. وقارن العشماوى - إجراءات الإثبات - ص٩٦ - حيث يذهب إلى أنه متى أدخل الغير فى الدعوى لإلزامه بتقديم المحرر أصبح خصماً فى الدعوى، وهو أمر غير دقيق لأن الغير هنا لا يطالب بحق لنفسه أو لأحد الخصوم، كما أن أحداً من الخصوم لا يطالب بحق تجاهه.

(٢) ولكن إذا وجه الخصوم طلبات إلى الغير فى تلك الحالة فإنه يعتبر خصماً بمعنى الكلمة، والحال كذلك إذا وجه هو طلبات إلى أحد الخصوم (انظر نبيل عمر - الأصول - ص٥٥٨).

الخصوم لا مصلحتة الخاصة، فالغير كما قد يستدعى في الدعوى للإدلاء بأقوال تفيد أحد الخصوم، فإنه يجوز إستدعائه أيضاً لتقديم ورقة تفيد خصماً ضد خصمه ولا يضار هو منها.

ذلك هو إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده، الذى عالجه المشرع فى قانون الإثبات فى المواد من ٢٠ حتى ٢٦. وكما يجوز إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، يجوز إدخاله كذلك لإلزامه بعرض شئ يجوزه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشئ ضرورياً للبت فى الحق المدعى به (المادة ٢٧ إثبات)، ويصدق على تلك الحالة، ما أوضحناه بصدد الإدخال لتقديم محرر، من قواعد وأحكام.

١٤ ـ سلطة الخصوم فى إختصام الغير فى القانون الفرنسى :

عالج المشرع الفرنسى اختصام الغير، أو التدخل الجبرى، فى الفصل الثانى من الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون المرافعات الحالى ـ وذلك فى المواد ٣٣١ حتى ٣٣٨. فقد تعرض لسلطة الخصوم فى إدخال الغير فى الدعوى فى المادة ٣٣١، وأوضح فى المادة ٣٣٢ سلطة القاضى فى إختصام الغير، ومركز الغير المختصم فى المادة ٣٣٣. بينما أفرد معالجة تفصيلية لإختصام الضامن فى المواد ٣٣٤ حتى ٣٣٨. وبجانب ذلك فإنه توسع فى إختصام الغير أمام محكمة الإستئناف حينما أكد أنه يجوز إختصام الغير بهدف الحكم عليه، ولو لم يمثل أمام محكمة أول درجة، طالما أن تطور النزاع يستلزم ذلك (المادة ٥٥٥)[1].

فاختصام الغير فى القانون الفرنسى يكون احياناً بهدف امكانية الاحتجاج على الغير كى يصدر ضده الحكم فى الطلب الأصلى وبالتالى

---

(١) انظر نقض مدنى فرنسى، دائرة أولى، فى ١٨/٧/١٩٩٥ ـ فى دالوز سيرى ١٩٩٥ ـ رقم ٣٥ ـ معلومات سريعة ـ ص٢٠٧.

يتم منعه من تقديم اعتراض الخارج على الخصومة، ويكون فى ظروف أخرى بهدف الحكم على الغير شخصياً[1]، بالإضافة إلى حالة اختصام الضامن.

وبخصوص الحالتين الأولى والثانية، فقد أوضحت المادة ٣٣١/ ١ من قانون المرافعات الفرنسى الحالى أنه يمكن إختصام الغير بهدف الحكم عليه عن طريق كل خصم له تجاهه حق التقاضى بصفة أصلية، أى أن المشرع الفرنسى يوضح أنه لايجوز أن يكره فى الدخول فى الدعوى إلا من كان فى الإمكان اختصامهم عند رفع الدعوى ليقضى ضدهم بثبوت الحق المتنازع فيه، وهو ما كان ينادى به الفقه الفرنسى منذ وقت طويل[2].

معنى ذلك أن المسلك الذى اتبعه المشرع المصرى قريب من مسلك نظيره الفرنسى فى صدد إختصام الغير، فسلطة الإختصام مقررة للخصوم، فمن حقهم إدخال الغير فى الدعوى طالما أنه كان يمكن التقاضى ضده بصفة أصلية، أى كان من الجائز إختصامه وقت رفع الدعوى، وذلك بهدف إدانته أى الحكم عليه أما بالطلبات المرفوعة بها الدعوى الأصلية أو بأى طلب آخر يوجه إلى الغير بصفة خاصة، طالما أن هذا الطلب كان مرتبطاً بتلك الدعوى، وبذلك يوفر المشرع الوقت والإجراءات، بدلاً من رفع دعوى أخرى ضد الغير بذات الطلبات أو بطلبات مرتبطة، مما يعطى فاعلية وقيمة للحكم الصادر فى الدعوى الأصلية.

على أن المشرع الفرنسى لم يكتف بتقرير سلطة الخصوم ـ أى المدعى والمدعى عليه، حيث أنه يستعمل كلمة «كل خصم» ـ فى إدخال الغير

---

(١) سوليس وبيرو - القانون القضائى الخاص - جزء ٣- ١٩٩١-ص ٩٠٣، ٩٠٤ - رقم ١٠٦٦.

(٢) انظر جلاسون وتسيبه ـ الشرح ـ جزء أول طبعة ٣ رقم ٢٤٩ ـ ص٦٣٧ وما بعدها ـ كذلك جابيو ـ الشرح ـ ١٩٣٥ ـ ص٥٤٧ وما بعدها ـ رقم ٨٣٣. وأيضاً كرميو ـ المختصر ١٩٢٤ ص ٣١٧. وموريل ـ الشرح ـ ١٩٤٩ ـ ص٣٠٥ وما بعدها ـ رقم ٣٧٤.

للحكم عليه طالما كان له تجاهه حق رفع الدعوى من البداية، وإنما أضاف إلى ذلك ـ فى الفقرة التالية من المادة ٣٣١ ـ أنه يمكن كذلك إختصام الغير عن طريق الخصم الذى الذى يكون له مصلحة فى جعل الحكم حجة عليه. فإختصام الغير فى تلك الحالة لا يكون بهدف أن يحكم عليه بطلب ما وإنما بهدف الإحتجاج عليه بالحكم الصادر حتى لا ينكر حجيته بإعتبار أنه لم يكن طرفاً فى الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم، وذلك مثلما هو الحال فى الدعوى المرفوعة من أحد الأشخاص على شخص آخر مدين لغيره، فإذا تم الحكم على المدين لمصلحة المدعى فإن دائن المدين لا يحتج عليه بهذا الحكم لأنه لم يكن طرفاً فى تلك الدعوى، لذلك أتاح المشرع للمدعى فى تلك الدعوى اختصام الدائن حتى لا ينكر حجية ذلك الحكم.
فالغير الدائن هنا مختصم بهدف الحكم عليه شخصياً وإنما بهدف منعه من إثاره المشاكل اثناء تنفيذ الحكم الصادر لمصلحة المدعى تجاه المدين.

وهذه الحالة الثانية (اختصام الغير لجعل الحكم حجة عليه) لاتدخل تحت عموم الحالة الأولى (اختصام الغير الذى كان يمكن رفع الدعوى عليه من البداية للحكم عليه) لأن المشرع الفرنسى أوضح فى الحالة الأولى أن الغير يختصم للحكم عليه، لذلك كان من الضرورى تنظيم حالة إختصام الغير ليس بهدف الحكم عليه وإنما بهدف الاحتجاج عليه بالحكم فقط، طالما أن الخصم كانت له مصلحة فى ذلك، لذلك نجد أن المشرع الفرنسى نص على شرط المصلحة لإختصام الغير فى تلك الحالة الثانية، التى يجب أن تتحقق لحظة رفع الدعوى[1]. لأن الغير يتم إدخاله ليس بهدف الحكم عليه بذات الطلبات أو طلبات مرتبطة بها، حيث أنه ليس من الأشخاص الذين كان يجوز رفع الدعوى عليهم من البداية، وإنما هو

---

(١) انظر حكم محكمة سان دينى دى لارينو ـ فى ١٩٧٤/٧/٢٦ ـ فى دالوز ـ سيرى ١٩٧٥ ـ مختصرات القضاء ـ ص٢٤.

يختصم لمعالجة مساوئ نسبية الحجية، فالطلب الموجه إلى الغير فى تلك الحالة ليس طلباً موضوعياً ـ للحكم عليه شخصياً ـ وإنما يطلب الخصم أن يمثل الغير فى الدعوى حتى يمكن الاحتجاج عليه بالحكم الصادر فيها. وفى تلك الحالة يعتبر الغير بمجرد إدخاله خصماً فى الدعوى ، ويصبح من حقه أن يتقدم بكافة الطلبات والدفوع التى تخدم مصلحة مدينه، لأن فى ذلك مصلحة له، حيث أنه إذا لم يحكم على مدينه سيستفيد هو بالتبعية، حيث أن ضمانه لن يُمس. فهو ليس كالشاهد أو كمن يختصم لتقديم ورقة تحت يده، وإنما هو خصم بمعنى الكلمة. وهو ما سنقوم بتوضيحه الأن بالتفصيل.

ذلك هو مسلك المشرع المصرى ونظيره الفرنسى فى معالجة سلطة الخصوم فى إختصام الغير وفقاً للقاعدة العامة «إدخال أى شخص من الغير للحكم عليه، طالما كان يمكن رفع الدعوى عليه منذ البداية» فهناك تشابه بين المسلكين، وإن كان المشرع الفرنسى قد أوضح فى تلك الحالة أن الغير يختصم للحكم عليه، ولم يشر المشرع المصرى لذلك وإنما أتى بعبارة عامة غير مقيدة، وطالما أن المشرع الفرنسى أوضح أن الإختصام يكون للحكم على الغير، فإنه كان من الضرورى أن يضيف حالة إختصام الغير ليس بهدف الحكم عليه وإنما فقط للإحتجاج عليه بالحكم.

الفصل الثالث

«اجراءات الإختصام ومركز
الشخص المختصم»

١٥ ـ كيفية إختصام الغير، ورقابة المحكمة :

أوضح المشرع المصرى ـ فى المادة ١١٧ مرافعات ـ أن الإختصام يكون «بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ......»، والدعوى ترفع ـ طبقاً للمادة ٦٣ ـ بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة، ويجب- بموجب المادة ١/٦٨- أن يتم إعلان صحيفة الدعوى عن طريق قلم المحضرين خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه[١]، ولا تعتبر الخصومة منعقدة فى الدعوى إلا بإعلان صحيفتها إلى المدعى عليه ما لم يحضر بالجلسة[٢]. وإذا لم يتم تكيف المدعى عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعى، جاز، بناء على طلب المدعى عليه، اعتبار الدعوى كأن لم تكن (المادة ٧٠).

معنى هذا أن إختصام الغير يتم بإيداع صحيفة دعوى بقلم كتاب المحكمة المرفوع أمامها الدعوى الأصلية، ولا ينال من صحة هذا الإجراء تراخى قلم الكتاب فى إتمام إجراءات القيد والإيداع[٣] على أنه يجب أن يتم إعلان تلك الصحيفة إلى الغير مع مراعاة مواعيد الحضور ـ وهى خمسة

---

(١) إلا إذا كان قد حدد لنظر الدعوى جلسة تقع فى أثناء هذا الميعاد، عندئذ يجب أن يتم الإعلانت قبل الجلسة، وذلك كله مع مراعاة ميعاد الحضور (المادة ١/٦٨).

(٢) الفقرة الثالثة من المادة٣١٦٨ ـ وهى مضافة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢.

(٣) انظر نقض ١٩٩١/١/٣٠ ـ طعن رقم ٣٥٥ لسنة ٥٦ق ـ المدونة القضائية فى الدعوى المدنية ـ الفكهانى ـ ١٩٩٤ ١٢٥ ص ١٢٥ قاعدة رقم ١٤٩

عشر يوماً أمام المحكمة الإبتدائية ومحكمة الإستئناف وثمانية أيام أمام المحاكم الجزئية، وأربع وعشرون ساعة فى الدعاوى المستعجلة (المادة ٦٦). فيجب على من يريد اختصام شخص من الغير فى الدعوى أن يودع قلم كتاب المحكمة صحيفة من أصلين وصورة أو عدد من الصور بقدر عدد المختصمين لتسليم صورة لكل مختصم عند إعلانه بالأصل(١).

فالفرض أن هناك يوماً محدداً لنظر الدعوى ـ يوم الجلسة ـ وأن أحد الخصوم يريد إختصام شخصاً من الغير، فيجب عليه فى تلك الحالة أن يودع قلم كتاب المحكمة – التى تنظر تلك الدعوى ـ صحيفة اختصام قبل يوم الجلسة، ويجب أيضاً أن يتم إعلان الغير بتلك الصحيفة قبل هذا اليوم، فالمشرع يؤكد ذلك حينما يقول أن الإدخال يكون بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة «أى يجب أن يتم الإيداع والإعلان معاً قبل هذا اليوم (٢)، على أن يمنح الغير فرصة كاملة لإعداد دفاعه وتوضيح موقفه، أى يجب منحه مواعيد الحضور التى تمنح عادة للمدعى عليه، فإذا حل يوم الجلسة قبل إنتهاء تلك المواعيد وجب على المحكمة التأجيل لحين إنتهائها.

وبناء على ذلك لا يعتبر الغير قد إختُصم إلا بإعلانه بصحيفة الإختصام، لحظة إعلانه بالصحيفة ـ يعتبر الغير خصماً فى الدعوى، وتترتب

---

(١) وتقيد الصحيفة برقم جديد يغاير الدعوى الأصلية ـ (انور طلبة ـ موسوعة المرافعات ١٩٩٣ ـ ص٣٢٢). على أنه قد لا يحدث قيد جديد للدعوى بالنسبة للغير، ويكفى أن يقدم أصل اعلان إختصام الغير للمحكمة – فى أية جلسة – قبل اقفال باب المرافعة (أحمد مسلم – الاصول – ص ٥٨٦ هامش ١).

(٢) انظر فتحى والى ـ الوسيط ص ٣٢٦،٣٢٧، وكذلك وجدى راغب ـ المبادئ ص٤٩٤، ونبيل عمر الأصول ـ ص٥٥٦، وأحمد صاوى ـ الشرح ص٣٠٢ وأمينة النمر ـ الدعوى وكذلك نقض ١٩٩١/٤/٢٤ ـ طعن رقم ١٧٢٨ لسنة ٥٨ق ـ المدولة القضائية فى الدعوى المدنية ص١٣٦ قاعدة ١٥٠.

آثار رفع الدعوى ـ بالنسبة إليه ـ خاصة قطع التقادم، أما قبل ذلك، أى قبل توجيه صحيفة الإختصام إلى،ه فلا يرتب الإختصام أثره[1]. ولكن إذا لم يعلن الغير بصحيفة الإختصام وحدث أنه حضر الجلسة المحددة لنظر الدعوى، فإنه يمكن القول أن حضوره يغنى عن إعلانه، أو يؤدى دوره، ويعتبر الإختصام منتجاً لآثاره منذ لحظة الحضور، وذلك بإعتبار موقفه شبيهاً بموقف المدعى عليه الذى حضر الجلسة رغم عدم إعلانه بصحيفة الدعوى، ذلك أن هذا الحضور يؤدى إلى إنعقاد الخصومة فى الدعوى، بموجب المادة ٣/٦٨، أى أن الحضور يؤدى وظيفة الإعلان ويحقق غرضه وبالتالى ينتج آثاره.

أما إذا فُرض أن صحيفة الإختصام قد أودعت قلم الكتاب ولم تُعلن خلال ثلاثة أشهر ولم يحضر الغير، فإن الإختصام لا يقوم ولا ينتج آثاره، ولا نحتاج إلى تطبيق نص المادة ٧٠ التى تجيز للمحكمة-بناء على طلب المدعى عليه ـ الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن، ذلك أن طلب الإختصام يوجه إلى الغير، وطالما أنه لم يتم فلا وجود له، والغير الذى لم يعلن بطلب لا يعتبر خصماً وبالتالى لا يحضر الدعوى حتى يجوز له أن يتمسك بإعتبار الطلب كأن لم يكن، وإنما هذا الطلب لا يعتد به، ولا ينتج أى أثر، فكأنه غير قائم. على أنه إذا حدث أنه تم إعلان الغير بعد ثلاثة أشهر، وحضر أمام المحكمة، فإن له أن يتمسك بإعتبار طلب الإختصام كأن لم يكن، ويجوز للمحكمة بالتالى أن تحكم له بذلك، مما يؤدى إلى إزالة أى أثر يكون قد ترتب على توجيه طلب الإختصام للغير، مثل قطع التقادم المقرر لمصلحته تجاه الخصم الذى حاول إختصامه.

---

(١) انظر نقض ١٩٨٧/١٠/٢٩ ـ طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٥ق ـ مجلة القضاة السنة ١ ـ ص٣٢٧ ـ وكذلك نقض ١٩٦٣/٦/٢٨ ـ مجموعة النقض السنة ١٤ص ٩٢٨ ـ أمينة النمر ـ ص١٥٨

من ناحية ثانية، وطالما أن المشرع ينص صراحة فى المادة -١١٧- على أن الإختصام يتم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أى بإيداع صحيفة قلم الكتاب وإعلانها للغير، فإن معنى ذلك أنه لا يمكن إختصام الغير عن طريق طلب شفوى فى الجلسة، وهو ما تجيزه المادة ١٢٣ مرافعات بالنسبة للطلبات العارضة[١]، فالطلب العارض يقدم إما كتابة - بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة، أو شفاهة - بطلب يقدم شفاهاً فى الجلسة فى حضور الخصم ويثبت فى محضرها، ولما كان طلب الإختصام من قبيل الطلبات العارضة، فإن البعض قد ذهب إلى أنه يجوز تقديمه شفاهة فى الجلسة مع اثباته بمحضرها [٢].

وجمهور الفقه، والقضاء، لا يسلم بهذا الإتجاه[٣]، ذلك أن نص المادة ١١٧ صريح فى قصر الأمر على طريقة رفع الدعوى، كما أنه لا وجه

---

(١) كذلك يجوز تقديم الطلب العارض بمذكرة بشرط أن يثبت إطلاع الخصم عليها (نقض ١٩٧٧/١٢/٧ - طعن رقم ٥٢٢ لسنة ٤١ق، ونقض ١٩٧٠/٣/١٩ -السنة ٢١ ص٤٨٤ - فتحى والى ص٤٦٤) - وهذا لا يجوز فى الإختصام، لأن المشرع حصر طريق فى صحيفة تودع قلم الكتاب ثم أن طريقة المذكرة قاصرة على الخصوم، والغير ليس خصماً.

(٢) أنظر بالتفصيل محمد محمود ابراهيم - النظرية العامة للطلبات العارضة - ص ٤٥٢، ٤٥٣، ويستند إلى ان طلب الاختصام طلب عارض، وانه ليس فى القانون ما يمنع من طرحه شفاهة، وان قواعد القياس تطبق بينه وبين الطلبات العارضة، كما ان قضاء النقض يساوى بين خصوم الطلبات العارضة، أى الخصم المتدخل أو المختصم من حيث جواز الطعن فى الخصومة أمام المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه.

(٣) انظر وجدى راغب ص ٤٩٤، نبيل عمر - ص٥٥٦، فتحى والى ص٣٢٧، أحمد صاوى - ص٢٠٣، أبو الوفا - ص٢١٢، أحمد مسلم - الأصول - ص٥٨٥، ٥٨٦، أمينة النمر ص١٥٨، أحمد طلبة - الموسوعة ص٣٢٢، الدناصورى وعكاز التعليق ١٩٩٢ - ص٥٠٢ المادة ١١٧. وكذلك نقض ١٩٨٥/٣/١٧ - مشار إليه، ونقض ١٩٧٧/٦/٢٧ - السنة ٢٨ ص٥٠٨.

لتطبيق نص المادة١٢٣ ـ الذى يجيز تقديم الطلبات العارضة شفاهة ـ ذلك أن هذا النص إنما يتحدث عن طلبات تقدم «فى حضور الخصم»، أى أنها تتحدث عن طلب عارض من مدعى ضد مدعى عليه، أو العكس، أو من شخص من الغير ضد الخصوم أو أحدهم، فهو يقدم فى تلك الصور ضد خصم. أما الشخص الذى يقدم ضده طلب الإختصام فليس خصماً لحظة تقديم الطلب وإنما هو من الغير، وبالتالى لا ينطبق عليه هذا النص، كما أنه لا محل لتعديل نص المادة ١١٧، حتى يمكن تقديم طلب الإختصام شفاهة، ذلك أنه الغير ليس خصماً وغير حاضر بالجلسة، وبالتالى فإن المنطق لا يسمح بالإبداء الشفوى لطلب ضد شخص غريب عن الخصومة وغير حاضر فيها. ثم إن الإبداء الشفوى فى الجلسة لن يفيد، إذ أن الغير يجب إعلانه بهذا الطلب، فمن باب أولى يجب إتباع طريقة رفع الدعوى، فكأن طلب الإختصام دعوى ترفع على الغير لأول مرة، لذلك وجب اتباع تلك الطريقة.

نخلص من ذلك إلى أنه يجب لإختصام الغير اتباع طريقة رفع الدعوى أى إيداع صحيفة بالإختصام قلم الكتاب وإعلانها إلى الغير المختصم ـ وليس إلى الخصم الآخر. وبالتالى إذا تم الإختصام بموجب إعلان يقدم مباشرة إلى قلم المحضرين كان الاختصام باطلاً لإجرائه بغير الطريق الذى رسمه القانون[1]. كذلك الحال إذا قدم طلب الإختصام شفاهة واثبت فى محضر الجلسة، فهو لا يرتب أثره من جعل الغير خصماً فى الدعوى[2].

---

(١) أنور طلبة ـ الموسوعة ـ ص٣٢٢، وانظر رمزى سيف ـ الوسيط طبعة ثامنة ص٣٦٠ وما بعدها، الدناصورى وعكاز ـ التعليق ١٩٩٢ ـ ص٥٠٢.

(٢) انظر نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ ـ مشار إليه.

أيضاً لا يكفى لإختصام الغير مجرد إعلانه بالطلب الأصلى[1].

على أن إجراءات الإختصام تستغرق فى العادة وقتاً طويلاً، نتيجة ضرورة القيام بإيداع الصحيفة وإعلانها إلى الغير قبل الجلسة المحددة، مما يدفع المحكمة إلى تأجيل الجلسة حتى يتم الإعلان، نظراً لأن هناك عقبات كثيرة تعترض عملية الإعلان هذه، مما يكون سبباً فى تأخير الفصل فى الدعاوى، خاصة أن المدعى عليهم يميلون إلى المغالاة فى إختصام الغير، فيختصمون أشخاصاً بعيدين عن الدعوى، مما يعطل نظرها لفترات طويلة لذلك نرى ضرورة أن يطلب الإختصام أولاً من المحكمة، التى تتمتع بسلطة كبيرة فى ذلك، فإذا قررت المحكمة ضرورته أمرت به، أما إذا تبين لها عدم جدوى ذلك الإختصام فإنها ترفضه من البداية، تجنباً لإضاعة الوقت، على أن يكون قرارها هذا غير قابل للطعن الفورى.

فإختصام الغير إن كان يتم بصحيفة تودع قلم الكتاب،إلا أننا نرى أنه يجب عرض تلك الصحيفة أولاً على المحكمة قبل إعلانها، فتصبح إجراءات الإختصام من ثلاثة مراحل : إيداع الصحيفة قلم الكتاب، إذن المحكمة، إعلان الغير. ولا يعلن الغير إلا بعد الحصول على إذن المحكمة[2].

---

(١) نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ السنة ١٤ ص ٩٢٨ فتحى والى ص٣٣٥.

(٢) أثناء وضع نص المادة ١٤٣ من قانون المرافعات القديم ـ قال رئيس لجنة المرافعات بمجلس الشيوخ، إن الحق فى إدخال الغير لا يجب فيه استئذان المحكمة، وفى الوقت نفسه لا يتعارض مع حق المحكمة فى رفض هذا الإجراء إذا طلب إليها ذلك. وهذا القول من رئيس اللجنة كان لإزالة شبهة قامت عند أحد أعضاء اللجنة من أن قيام حق إختصام الغير قد سلب حق المحكمة فى الفصل فى طلب الإختصام (الأعمال التحضيرية ـ لدى العشماوى ـ قواعد المرافعات ـ ١٩٥٨ الجزء الثانى ـ ص٣٥١ ـ همش٢). ولا شك أن التحايل الذى ظهر من الخصوم، والمسائل العديدة التى يشهدها العمل حالياً تؤكد حق المحكمة فى فرض رقابة على اختصام الغير وضرورة استئذانها من البداية. وضرورة الحصول على اذن المحكمة يتفق وطبيعة طلب الاختصام باعتباره طلباً عارضاً، يخضع – من حيث المبدأ – لضرورة استئذان المحكمة أولاً.

بأن تصدر أمراً بإجازة الإختصام، فإذا تبين لها أن طلب الإختصام خرج عن غرضه أو أهدافه التى رسمها المشرع، بأن صدر عن المدعى عليه لأكثر من مرة أو فى وقت متأخر، أو لم تتحقق من البداية ـ من شرطى الإرتباط والمصلحة، فإنها ترفض الإذن بإختصام الغير، وبالتالى لا ينتج الإختصام أى من آثاره، ولا يعطل سير الدعوى، ويصبح تحت سلطة وتقدير المحكمة من البداية، وليس خارج رقابتها الفعالة كما هى الحال الآن.

١٦- وقت الاختصام :

يجوز لأى من الخصوم اختصام الغير فى أى وقت أمام محكمة أول درجة، فطالما أن طلب الاختصام من الطلبات العارضة فإنه تنطبق عليه القاعدة التى تحكم تلك الطلبات من حيث الوقت، حيث أنه ليس هناك نص خاص يخالفها أو يقيدها، وبالتالى يجوز تقديم طلبات الاختصام فى أية حالة تكون عليها الدعوى إلى ما قبل قفل باب المرافعة (المادة ١٢٣).

فطول وقت نظر محكمة أول درجة للدعوى يمكن لأى من الخصوم أن يطلب ادخال الغير، سواء قبل الكلام فى الموضوع أو بعده - أو قبل التقدم بطلبات عارضة أخرى أو بعدها. فإذا اقفل باب المرافعة فإن طلب الاختصام يكون غير مقبولاً.

وإذا كان المشرع لم يأت بنص خاص بهذا المعنى بصدد الاختصام، بينما جاء بمثل هذا النص بصدد التدخل (لا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة - المادة ٢/١٢٦)، فإن هذا لا يمنع من تطبيق النص العام - نص المادة ١٢٣ - «لا تقبل الطلبات العارضة بعد اقفال باب المرافعة» ، حيث ان طلب اختصام الغير من قبيل الطلبات العارضة، كما أوضحنا من قبل، لانه يوسع من دائرة الخصومة من حيث اطرافها، لذلك يسرى عليه حكمها من ناحية الوقت، فيجب تقديمه قبل اقفال باب المرافعة.

على أنه إذا قررت المحكمة قفل باب المرافعة، وأراد أحد الخصوم أن يختصم شخصاً من الغير، فإن له أن يطلب أولاً من المحكمة فتح باب المرافعة، وللمحكمة فى تلك الحالة السلطة التقديرية الكاملة فى اجابة هذا الطلب أو رفضه (1)، فاعادة الدعوى إلى المرافعة من اطلاقات المحكمة مادامت قد أتاحت للخصوم فرصة ابداء دفاعهم (2)، ولا تثريب عليها إن هى التفتت عن اجابة طلب اعادة الدعوى للمرافعة (3) أو اغفلت الاشارة إليه، فذلك يعتبر بمثابة رفض ضمنى له (4). ولكن اذا اجابت المحكمة

---

(1) أنظر فتحى والى – الوسيط – ص ٤٦٥، وجدى راغب – المبادئ – ص ٤١٠، نبيل عمر – الاصول – ص ٥٧٣ – رمزى سيف – الوسيط – ص ٣٧١، ٣٧٢، أحمد صاوى – الشرح – ص ٢٠٧.

وأنظر كذلك نقض : ١٩٨٤/٢/٢١ – طعن رقم ٣٩٤ لسنة ٤٨ ق، ١٩٨٤/٥/٩ – طعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٠ ق، ١٩٨٤/٥/٢٩ – طعن رقم ٩٥٢ لسنة ٤٦ ق ، ١٩٨٤/٦/٥ – طعن رقم ٩٤١ لسنة ٥٠ ق ، ١٩٧٩/٦/٧ – طعن رقم ١٨٧ لسنة ٤٦ ق، ١٩٧٨/٣/٢٩ – طعن رقم ٨٥ لسنة ٤٤ ق – نبيل عمر – قانون المرافعات – ١٩٩٣ – ص ٥٢٧.

(2) نقض ١٩٨٢/١٢/٥ – طعن رقم ١١٨٤ لسنة ٤٧ ق، ونقض ١٩٨٢/١٢/١٥ طعن رقم ١٥٦ لسنة ٤٦ ق – لدى الدناصورى وعكاز – ملحق التعليق – ص ٣٠٨، وفى ١٩٨٣/١٢/٨ – طعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٠ ق، ١٩٨٣/١٢/٢٠ طعن رقم ٢ لسنة ٥٣ ق، ١٩٨٤/٢/٢١ طعن رقم ٨٥٩ لسنة ٥٠ ق – الفكهانى – الموسوعة الذهبية – جزء ٦ – ص ٣٣٦، ٣٣٧ أرقام ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧ – وكذلك نقض ١٩٨٩/٥/٢٩ طعن رقم ٢٠٨٤ لسنة ٥٨ ق – الفكهانى – ص ٣٤٥ رقم ٤٩٩.

(3) نقض ١٩٨٤/٥/٣ – طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٤٩ ق – الفكهانى – ص ٣٣٧ رقم ٤٨٧، ونقض ١٩٨٧/١٢/١٣ طعن رقم ٩٣٠ لسنة ٥١ ق – الفكهانى – ص ٣٣٩ رقم ٤٩١.

(4) نقض ١٩٨٧/٣/١٩ – طعن رقم ٢٠٥٣ لسنة ٥٣ ق – الفكهانى – ص ٣٣٨ رقم ٤٨٩، ونقض ١٩٨٣/١٢/٨ – طعن رقم ١٨٢١ لسنة ٥٢ ق، ١٩٨٢/١١/١٧ – طعن رقم ٧٢٢ لسنة ٤٩ ق، ١٩٨٤/٥/١٤ – طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٨ ق - الدناصورى وعكاز – ملحق التعليق – ص ٣٠٨، ٣٠٩

الخصم إلى طلبه بفتح باب المرافعة، فإنه يمكنه التقدم فى تلك الحالة بطلب اختصام الغير. ويراعى أنه إذا كان باب المرافعة يعتبر مفتوحاً، إذا كانت المحكمة قد حجزت القضية للحكم وسمحت للخصوم بتقديم مذكرات خلال مدة معينة مما يعطى للخصوم حق التقدم خلال تلك المدة بطلبات عارضة بشرط اطلاع الخصم الآخر عليها (١)، إلا اننا نرى أنه لا يجوز خلال تلك المدة التقدم بطلب اختصام الغير، لأن باب المرافعة لا يكون مفتوحاً فى تلك الحالة - خلال هذه المدة، إلا بالقدر الذى صرحت به المحكمة - وهو تقديم مذكرات، وبالتالى فليس للخصوم الخروج عن هذا الاطار (٢)، ولما كان الاختصام لا يقدم بمذكرة موجهة من خصم إلى خصم فإنه لا يجوز خلال تلك المدة.

ويلاحظ أن الطلبات العارضة لا يجب أن تؤخر الفصل فى الدعوى، فإذا طرح على المحكمة طلباً عارضاً وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها فلا يجب أن يترتب على تقديم الطلب العارض أرجاء الحكم فى الدعوى، حسبما أوضحت المادة ١/١٢٧، بمعنى أنه يجوز للمحكمة أن تفصل فى الدعوى الأصلية وتستبقى الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه (المادة ٢/١٢٧). معنى هذا ان التأخير فى تقديم الطلب العارض وان كان لا يمنع قبوله إلا أنه يجب ألا يؤخر الفصل فى الدعوى (٣). ويمكن القول

---

(١) أنظر أحمد صاوى - الشرح - ص ٢٠٧ - وكذلك رمزى سيف والعشماوى. وأيضاً نقض ١٩٧٥/٥/٢٧ - مجموعة النقض لسنة ٢٦ - ص ١٠٨٥، وفى ١٩٤٥/٥/٢٤ - مجموعة عمر - جزء ٤ - ص ٦٩١ - ق ٢٥٧.

(٢) أنظر نقض ١٩٦٨/١٢/١٧ - مجموعة النقض لسنة ١٩ - ص ١٥٤٧، وكذلك نقض ١٩٩٠/٢/٢٢ - طعن رقم ٨٦٣ لسنة ٥٣ ق - فتحى والى - الوسيط - ١٩٩٣ - ص ٤٧٨.

(٣) ويخضع ذلك لتقدير قاضى الموضوع، وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض، فتحى والى - الوسيط - ١٩٨٦ - ص ٣٢٨

ان ذلك يصدق أيضاً على طلب الاختصام، باعتباره طلباً عارضاً، فيجب ألا يؤدى تقديمه إلى تأخير الفصل فى الدعوى. ولقد نص المشرع الفرنسى صراحة (فى المادة ٣/٣٣١ مرافعات) على أن اختصام الغير يجب أن يكون فى وقت مفيد لتحضير دفاعه، فإذا طلب أحد الخصوم اختصام الغير - ولو قبل قفل باب المرافعة - بعد أن تكون الدعوى قد قطعت شوطاً بعيداً، فإن ذلك يمثل خطراً عليه ويخل بحقه فى الدفاع، وبالتالى يعطى للمحكمة سلطة رفض طلب اختصامه(١).

لذلك نرى أنه إذا وجدت المحكمة أن من شأن الفصل فى طلب الاختصام ارجاء الحكم فى الدعوى الأصلية، وهو ما يحدث غالباً ويرمى إليه المدعى عليه بهدف المماطلة، فإن لها أن تستبقى هذا الطلب للفصل فيه وتفصل فى موضوع الدعوى طالما كانت صالحة للحكم (المادة ١٢٧). على أن الدعوى قد لا تكون صالحة للحكم فى موضوعها أو قد ترى المحكمة عدم امكان الفصل على استقلال فى الدعوى الأصلية، فتجد نفسها مجبرة على تأجيل الفصل فى تلك الدعوى إلى أن يتم تحقيق طلب الاختصام والفصل فيهما معاً مرة واحدة (٢)، لذلك أوضحنا من البداية ضرورة اعطاء المحكمة سلطة كبيرة فى رفض طلبات الاختصام فور تقديمها، إذا تبين لها أنها قدمت بهدف المماطلة، فيجب استئذان المحكمة أولاً قبل السماح باختصام الغير.

أما أمام محكمة الاستئناف، فإن القضية تحكمها عدة مبادئ مهمة، تتمثل فى مبدأ عدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف، (الطلب الجديد هو الطلب الذى يختلف فى أحد عناصره عن الطلب الذى كان أمام

---

(١) أنظر سوليس وبيرو - جزء ٣ - ص ٩١٥ رقم ١٠٧٨.

(٢) أنظر أحمد صاوى - ص ٢٠٨.

محكمة أول درجة قبل اصدارها الحكم فى القضية) [١]، وهذا المبدأ أو تلك القاعدة من النظام العام، حيث أن المحكمة تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول تلك الطلبات (المادة ٢٣٥ مرافعات مصرى)، وكذلك مبدأ التقاضى على درجتين [٢]، بمعنى أن النزاع يجب أن يطرح أولاً على محكمة أول درجة فتنظره وتصدر فيه حكماً، ثم يطرح بعد ذلك أمام محكمة الاستئناف التى تنظره وتصدر فيه حكمها اما بتأييد حكم أول درجة أو بتعديله أو بالغائه، فلا يجوز أن يطرح النزاع - أو الطلب - لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وإلا اعتبر طلباً جديداً غير مقبول، وهذا المبدأ من النظام العام أيضاً.

ولما كان اختصام الغير يعنى توجيه طلب إلى شخص من الغير، وهذا الطلب إذا قدم أمام محكمة الاستئناف فإنه يعتبر طلباً جديداً، لأن الغير لم يكن موجوداً فى خصومة أول درجة، وتقديم طلب باختصامه أمام الدرجة الثانية يعد توسيعاً لنطاق خصومة الاستئناف من ناحية الأشخاص، مما يعنى أن الغير يوجه إليه طلباً جديداً، فإن ذلك لا يجوز أمام ثانى درجة نظراً لعدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف [٣]. فالخصومة فى الاستئناف يجب أن تدور - كقاعدة - بين نفس الخصوم الذين سبق ظهورهم أو تمثيلهم أمام محكمة الدرجة الأولى، والذين سبق صدور الحكم المطعون فيه فيما بينهم، ولا يجوز أن يظهر شخص آخر غير هؤلاء فى خصومة الاستئناف لأن فى ذلك تفويت درجة من درجات القضاء بالنسبة لهذا الشخص وبالنسبة لأشخاص خصومة الطعن [٤]، لذلك لا يجوز اختصام الغير أمام الاستئناف.

اذن، مراعاة لهذه الاعتبارات، واحتراماً لتلك المبادئ، لا يجوز فى الاستئناف ادخال من لم يكن خصماً فى الدعوى الصادر فيها الحكم

---

(١) فتحى والى - الوسيط - ١٩٨٦ - ص ٧٢٩.

(٢) أنظر جلاسون وتيسييه - الشرح - جزء ١ - طبعة ٣ - ص ٦٤١ رقم ٢٥٠. وكذلك موريل - الشرح - ص ٣٠٧ رقم ٣٧٥.

(٣) أنظر وجدى راغب - المبادئ - ص ٦٤٧.

(٤) نبيل عمر - الاصول - ١٩٨٦ - ص ١٢٢٩، ١٢٣٠. وكذلك أحمد صاوى - الشرح - ص ٦٧٧.

المستأنف (المادة ٢٣٦)، إذ الخصومة فى الاستئناف تتحدد بالاشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى وبذات صفتهم، والمناط فى تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات فى الدعوى إليه [١].

فالغير الذى لم يكن طرفاً أو خصماً فى الخصومة الأصلية التى صدر فيها الحكم المستأنف، أى فى الدعوى التى صدر فيها حكم أول درجة، لا يجوز اختصامه أمام الاستئناف [٢]، إذ الخصومة فى الاستئناف تقتصر على من كان خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى [٣]. وإذا حدث ان رفضت محكمة أول درجة تدخل أحد الأشخاص فى الدعوى فإنه لا يعتبر خصماً فيها وبالتالى لا يصح اختصامه فى الاستئناف،ذلك لأنه بالحكم الصادر من محكمة أول درجة يتحدد أطراف الخصومة بالنسبة للاستئناف [٤]، كذلك الحال بالنسبة للخصم المدخل فى الدعوى بغير الطريق القانونى، فلا يجوز اختصامه فى الاستئناف [٥]. وأيضاً لا يجوز ممن كان خصماً فى أول درجة بصفته وصياً أن يختصم فى الاستئناف عن نفسه [٦]، إنما يجب اختصامه بذات صفته الأصلية التى كان عليها أمام أول درجة [٧].

---

(١) أنظر نقض ١٩٧٢/٣/٢٨ - مجموعة النقض السنة ٢٣ - ص ٥٤٢، ١٩٧٨/١١/١٦ طعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٤ ق، ١٩٨٠/١٢/٩ - طعن رقم ١٩٠٢ لسنة ٤٩ ق، ونقض ١٩٨١/١٢/٣١ - طعن رقم ٨١٧ لسنة ٤٤ ق، وفى ١٩٨٥/٢/١٨ - طعن رقم ٦٨٧ لسنة ٥٠ ق - لدى الدناصورى وعكاز - الطبعة الثامنة - جزء ٢ - ص ٣٠٢ وبعدها، المادة ٢٣٦ - أرقام١٢، ١٧، ٢٣.

وأنظر كذلك استئناف مختلط فى ١٩٤٤/٣/٢٩ - مجلة التشريع والقضاء السنة ٥٦ - ص ٩٨ - أبو الوفا - المرافعات - ص ٩٠٦.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٨/٥/١٥ - طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٢ ق - الدناصورى وعكاز - التعليق ٢٠ - طبعة ٨ - ص ٣٠٢ رقم ١٣.

وأنظر كذلك وجدى راغب - المبادئ - ص ٦٤٦، ٦٤٧.

٣٢) نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ - مجموعة النقض لسنة ٢٨ - ص ١٥٠٨. ونقض ١٩٨٥/١٠/٣٠ - طعن رقم ٦٣ لسنة ٥١ ق - الدناصورى وعكاز - ص ٣٠٥. والعبرة فى توافر هذه الصفة هى بحقيقة الواقع - نقض ١٩٧٨/١٢/٢٠ - السنة ٢٩ -٢- ص ١٩٨٣.

(٤) نقض ١٩٥٢/٣/٢٨ - مجموعة النقض - السنة ٢٥ - جزء أول - ص ١٩٦.

(٥) نقض ١٩٧٧/٦/٢٧ - مشار إليه.

(٦) أنظر نقض ١٩٨١/١٢/٣١ - مشار إليه.

(٧) أنظر نقض ١٩٧٢/٣/٢٨ - السنة ٢٣ - ص ٥٤٢.

أما الغير الذى كان طرفاً، خصماً، فى الخصومة الأصلية ولم يكن مستأنفاً أو مستأنفاً عليه، فإنه يجوز اختصامه فى الاستئناف، طالما وجد حق الاستئناف له أو فى مواجهته، لأنه يعد من الغير فقط بالنسبة لخصومة الاستئناف [١]، فلمن يبدو من الخصوم أن له مصلحة فى مخاصمة من لم يختصم فى الاستئناف أن يدخله فى الدعوى، إذ لم يوجب القانون شمول الاستئناف لكل من كان خصماً فى الدعوى أمام محكمة أول درجة [٢]، ولو لم يقدم أى طلبات أو دفوع [٣]، كما يجوز فى الاستئناف اختصام الخلف العام والخلف الخاص لمن كان فى أول درجة، طالما أن الحق المتنازع عليه قد آل إليهما بعد رفع الدعوى [٤].

معنى ذلك أن من كان طرفاً فى خصومة أول درجة يمكن اختصامه فى الاستئناف، لأنه ليس أجنبياً عن الخصومة، أى لا يعد من الغير بالمعنى الدقيق، فهو من الغير فقط بالنسبة لخصومة الاستئناف وليس بالنسبة للنزاع من الأصل. على أنه لا يجوز ادخال الغير بهذا المعنى فى الاستئناف بعد انقضاء ميعاد الطعن، وذلك إلا فى الحالات الاستثنائية التى حددتها المادة ٢١٨، وهى أن يكون الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو صادراً فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين. ففى تلك الاحوال إذا تعدد المحكوم لهم، ورفع الطعن على بعضهم صحيحاً فى الميعاد، يجب على الطاعن اختصام باقى المحكوم لهم فى الطعن ولو بعد الميعاد، فإن لم يفعل فإن المحكمة تأمر باختصامهم [٥]، وذلك منعاً

---

(١) وجدى راغب – ص ١٤٧.

(٢) نقض ١٩٥٨/٦/١٥ – مجموعة النقض – السنة ٩ – ص ٥٣١، ونقض ١٩٧١/٦/١ – السنة ٢٢ – ص ٧١٦ – الدناصورى وعكاز – ص ٣٠٢ رقم ٤. وأنظر بالتفصيل – كريبون – شرح الاستئناف – جزء ١ – ١٨٨٨ – ص ٤٢١ ومابعدها.

(٣) نبيل عمر – أصول المرافعات – ١٩٨٦ – ص ٥٥٧.

(٤) نقض ١٩٧٨/٥/١٥ – طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٢ ق –الدناصورى وعكاز – ص ٣٠٣ رقم١٣

(٥) أنظر بالتفصيل فتحى والى – الوسيط – ١٩٨٦ – ص ٧٠٣ وما بعدها، ووجدى راغب – ص٦٤٧. وأنظر الانصارى حسن النيدانى – مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه – ١٩٩٦ ص٤٥٠ وبعدها

للتضارب بين الاحكام (فى حالة عدم التجزئة) فى الدعوى التى لا يحتمل الفصل فيها غير حل واحد، ولا يتحقق ذلك إلا بقبول الخصوم جميعاً فى خصومة الطعن حتى يكون الحكم الصادر فيها حجة عليهم، فلا تختلف مراكزهم رغم وحدتها، وبتمام هذا الاختصاص يستكمل الطعن مقوماته وبدونه يفقد موجبات قبوله (١)، فجزاء عدم اختصام باقى المحكوم لهم هو عدم قبول الطعن بالنسبة للجميع(٢)، إذ الغاية من الاجراءات هى وضعها فى خدمة الحق ويكون ذلك بتمكين الصحيح من الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح ليبطله (٣). وتلك القاعدة - وجوب اختصام جميع المحكوم لهم فى موضوع غير قابل للتجزئة - تتعلق بالنظام العام، فعلى المحكمة اعمالها من تلقاء نفسها (٤). مع أنه خارج حالات عدم التجزئة أو

---

(١) نقض ١٩٨٢/٥/١٣ - طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٧ ق - الدناصورى وعكاز - التعليق -٢- ص ١٤٥ - المادة ٢١٨ - رقم ٥٧. وأنظر كذلك نقض ١٩٧٩/٦/٢٥ - مجموعة النقض السنة ٣٠ - عدد ٢ - ص ٧٥٩.

وأيضاً نقض ١٩٨٦/٦/١٧ - طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٥٣ ق - التعليق - ص ١٥١ رقم ٨٢، ونقض ١٩٩١/١/٢٧ - طعن رقم ٥١٢ لسنة ٥٤ ق - و ١٩٩٢/٦/٣٠ - طعن رقم ٢٠٣١ لسنة ٥٦ ق - التعليق - ص ١٥٦ رقم ١٠١، ١٠٢.

والمقصود بعدم التجزئة أن يكون الفصل فى النزاع لا يحتمل غير حل واحد بعينه بصرف النظر عن موضوع الطلبات ومحلها، نقض ١٩٧٩/٧/٣ - طعن رقم ٧٥٢ لسنة ٤٣ ق - التعليق ص ١٤٠ رقم ٣٦. ونقض ١٩٦٧/١١/١٢ - السنة ١٩ - ص ١٣٤١ - وأنظر بالتفصيل فكرة عدم التجزئة - محمد ابراهيم - ص ٦ وما بعدها.

(٢) على أنه فى تلك الحالة (عدم اختصام باقى المحكوم لهم) يمكن للمحكمة أن تؤجل الخصومة وتمنح أجلاً للطاعن لإختصام باقى المحكوم لهم، فإذا لم يقم بالاختصام جاز لها أن تقضى بعدم القبول إذا أصر على عدم اختصامهم. فليس للمحكمة أن تقضى بعدم القبول تلقائياً وإنما يجب أن تنبه الطاعن إلى ضرورة اختصام الباقين - بأن تكلفه باختصامهم - وإلا كان حكمها بعدم القبول باطلاً (نقض ١٩٨٨/٤/١٠ - طعن رقم ٥٦١ لسنة ٥١ ق) فإن لم يفعل قضت بعدم القبول.

(الانصارى حسن النيدانى - مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه - ص ٤٥٤، ٤٥٥).

(٣) نقض ١٩٨٣/٢/٢٧ - طعن رقم ٣٠٩ السنة ٤٩ ق - الدناصورى وعكاز - ص ١٤٦ رقم٦٠.

(٤) نقض ١٩٩٢/١٢/٣٠ - طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٦٢ ق، التعليق ص ١٥٧ رقم ١١١، وكذلك نقض ١٩٨٣/١١/٢٨ - طعن رقم ٧٦١ لسنة ٤٨ ق - ص ١٤٨ رقم ٧٠.

التضامن أو الدعوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها لا يجوز للطاعن أن يختصم أحد الخصوم المحكوم عليهم معه، طالما أن ميعاد الطعن قد فات أو أن الحق فى الطعن قد سقط [1].

وتجدر الاشارة إلى أنه إذا كانت المادة ٢/١١٥ توجب تأجيل الدعوى لاعلان ذى الصفة فيها (بدلاً من الحكم بعدم قبول الدعوى)، وذلك إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس [2]، إلا أن حكم هذه المادة قاصر على محكمة الدرجة الأولى لأنه لا يجوز أن يختصم أمام محكمة الاستئناف من لم يكن طرفاً فى الخصومة أمام محكمة الدرجة الأولى [3]، فالمشرع يرمى من المادة ٢/١١٥ إلى تضييق دائرة الدفع بعدم القبول، فيوجب على المحكمة تأجيل الدعوى لاعلان ذى الصفة بدلاً من أن تحكم بعدم القبول [4]، إلا أن ذلك يكون محله أمام محكمة الدرجة الأولى وليس محكمة الدرجة الثانية، وذلك لأن خصومة الاستئناف قاصرة على اطراف خصومة أول درجة.

اذن، احتراماً لمبدأ التقاضى على درجتين، الذى يعتبر من النظام العام فى القانون المصرى، وتمشياً مع قاعدة عدم قبول طلبات جديدة فى الاستئناف، وباعتبار أن الاستئناف وسيلة لاصلاح القضاء الصادر من الدرجة الأولى، فلا يجوز اختصام شخص لم يكن طرفاً أمام محكمة أول درجة

---

(١) أنظر نقض ١٩٩٣/٢/٨ - طعن رقم ٢٤٧١ لسنة ٥٨ ق - لدى الدناصورى وعكاز - التعليق - ص ١٥٦ رقم ١٠٤.

(٢) على أنه إذا تعلق الأمر باحدى الوزارات أو الهيئات العامة أو مصلحة من المصالح أو بشخص اعتبارى عام، أو خاص، فيكفى فى تحديد الصفة ان يذكر اسم الجهة المدعى عليها فى صحيفة الدعوى (المادة ٣/١١٥)، ويهدف ذلك النص الجديد إلى التضييق من دائرة الدفع بعدم القبول وتوفير الوقت والاجراءات.

(٣) نقض ١٩٧٧/٢/٢ - مجموعة النقض السنة ٢٨ - ص ٢٥٣.

(٤) ويجب أن يتم تصحيح الصفة فى الميعاد المقرر وألا يخل بالمواعيد المحددة لرفع الدعاوى وبمدد التقادم، أنظر نقض ١٩٧٧/٥/٣ - طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٣ ق، ونقض ١٩٨٠/١/١٢ - طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤٦ ق - الدناصورى وعكاز - التعليق - طبعة ٧ - ١٩٩٢ - ص ٤٩٢ - رقم ٢٦ - المادة ١١٥

كخصم لأول مرة فى الاستئناف - (المادة ٢٣٦) - وإنما يمكن فقط ادخال شخص فى الاستئناف لتقديم مستند تحديده (المادة ٢٦ اثبات)، لأن هذا الادخال لا يعتبر اختصاماً بالمعنى الدقيق، على ما أوضحنا. فإذا كانت الدعوى فى أول درجة غير قاصرة على المدعى والمدعى عليه، بل مفتوحة للغير، قد يتدخل فيها أو يختصمه الخصوم فيعتبر بذلك خصماً، إلا أن الخصومة فى الاستئناف تعتبر مغلقة أمام الأغيار، الذين لم يكونوا طرفاً أمام أول درجة. وغلق دائرة الأشخاص أمام الاستئناف يمثل، بجانب غلق دائرة الموضوع أمامها، تطبيقاً لمبدأ عدم قابلية الطلبات الجديدة.

هذا هو الوضع السائد فى القانون المصرى. أما فى القانون الفرنسى، فإن الوضع يختلف، نظراً لأن قاعدة التقاضى على درجتين لا تعتبر من النظام العام، فإذا قدم الخصوم طلبات جديدة لأول مرة أمام الاستئناف فإن المحكمة لا تستطيع أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وإنما يجب أن يتمسك بذلك الخصوم، كما يتضح من المادة ٥٦٤ مرافعات فرنسى، بالاضافة إلى أن المشرع أورد استثناءات عديدة على قاعدة عدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف - كما يتضح من المواد ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧ - واعطى محكمة الاستئناف حق التصدى،[1] فى المادة ٥٦٨.

وتمشياً مع هذا المسلك، وباعتبار أن المشرع الفرنسى ينظر إلى الاستئناف، ليس كوسيلة لاصلاح حكم أول درجة، وإنما باعتباره وسيلة لانهاء وحسم النزاع بكل ما يتفرع عنه من مسائل، حيث عمل المشرع على ازدهار الخصومة أمام محكمة الاستئناف، وذلك بتمكين المحكمة من أن تتفهم بصورة شاملة المركز المتنازع عليه وتهتم فى المقام الأول

(١) التصدى رخصة لمحكمة الدرجة الثانية، حينما تنظر طعناً بالاستئناف فى حكم صادر من أول درجة، فى أن تتناول النزاع برمته وتحسمه بحكم صادر فى الطعن وفى الموضوع، ويقوم التصدى على اعتبارى الاقتصاد فى الاجراءات والسرعة فى حسم النزاع.

بإنهـاء النزاع فى مجمـوعه وليـس باصلاح حكم أول درجة [1]، أشار المشـرع – فى المادة ٣٢٧ مـرافـعـات – إلى أن التـدخل الاجبـارى (أى الاختصام) أمام الاستئناف يكون جائزاً، كـما هو الحال أمام أول درجة، (التدخل أمام أول درجة أو أمام الاستئناف يكون اختيارياً أو جبريا)، ثم أوضح المشرع الفرنسى صراحة فى المادة ٥٥٥ – أنه يمكن اختصام الغير – أى اختصام أى شخص من غير الخصوم طالما كانت له مصلحة أو اختصام شخص من الغير لم يمثل أمام أول درجة، بهدف الحكم عليه أمام محكمة الاستئناف، وذلك عندما يستلزم تطور النزاع هذا الاختصام [2].

معنى ذلك أن اختـصـام الغيـر يكون جائزاً لأول مـرة أمام مـحكمـة الاستئناف، ولا يخالف هذا مبدأ التقاضى على درجتين، ولو لم يكن الغير قد سبق اختصامه أمام أول درجة [3]، فطالما ان تطور النزاع يسـتلزم ذلك الاختصام، فإنه يجوز اختصام الغير فى الاستئناف. وتطور النزاع يستلزم كشف واقعة جديدة من شأنها أن تلقى الضوء على النزاع من ناحية مختلفة وغير متوقعة [4]، فتطور النزاع يستلزم وجود أو ظهور واقعة أو عنصر جديد

---

(١) أنظر نور شحاته – نطاق النزاع فى الاستئناف – ص ٢٦٣ وما بعدها.

(٢) أنظر نقض مدنى – دائرة أولى – فى ١٩٩٥/٧/١٨ – دالوز سيرى ١٩٩٥ – كراسة رقم ٣٥ – معلومات سريعة – ص ٢٠٧. وأنظر كذلك دالوز سيرى ١٩٩٥ – كراسة رقم ١ – ص ٥، ٦.

(٣) نقض – دائرة ٢ مدنى – فى ١٩٦٩/٢/٢٧ – دالوز سيرى – ١٩٧٠ – قضاء – ص ٥٨١ – وانظر تعليق رينو على هذا الحكم.

(٤) فإذا كانت الواقعة معلومة للخصوم أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، أو أن الخصم اغفل التمسك بها اهمالاً أو لأن هذا هو نهجه فى الدعوى فإننا لا يمكن أن نقول ان النزاع قد تطور حقيقة – جيليان – المجلة الفصلية للقانون المدنى – ١٩٧٤ – قضاء – ص ٦٧١، ٦٧٢ رقم ١١. وكذلك المجلـة الفصلية – ١٩٧٥ – قضاء – ص ١٩٢، ١٩٣ – رقم ١٣، سنة ١٩٧٦ – قـضـاء – ص ٦٣٤، ٦٣٥ – رقم ١٥. ونقض مـدنى – دائرة ١ – ١٩٧٧/١٠/٤، =/=

نشأ عن الحكم الصادر فى أول درجة أو بعد صدور هذا الحكم [١]، عنصراً يعدل من معطيات النزاع ويستلزم اختصام شخص من الغير [٢]، فإذا ظهرت - بعد صدور حكم أول درجة - وقائع تجعل من الضرورى ادخال شخص من الغير أمام الاستئناف، فإنه يمكن للخصوم اختصام هذا الشخص ولو لم يكن طرفاً أمام محكمة أول درجة، طالما أن من شأن ذلك أن يساعد المحكمة على انهاء النزاع بكامله. فشرط تطور النزاع [٣]، يعد شرطاً ضرورياً

=/= ودائرة ٣ - ١٩٧٧/١١/٨ - دالوز سيرى ١٩٧٨ - معلومات سريعة - ١١٦، وأنظر دراسة تفصيلية للاختصام فى الاستئناف وتطور النزاع - ليجيه - دالوز ١٩٧٨ -فقه- ص ١٥١ وما بعدها. وأيضاً فنسان وجينشار - المرافعات - دالوز - طبعة ٢١ - ص ٧٥٩ وما بعدها رقم ٨٩٩.

(١) أنظر نقض مدنى ١ - ١٩٧٧/٣/٢٢ - ومدنى ٢ - ١٩٧٧/٥/٤ - دالوز ١٩٧٧ - معلومات سريعة - ص ٤٠٩ وملاحظات جيليان، ونقض مدنى ٢ - ١٩٧٨/١٢/١٨ - النشرة المدنية -٢- رقم ٢٧٩ - ص ٢١٣، ومدنى ٣ - ١٩٨١/١/٧ - جازيت دى باليه ١٩٨١- ص ٢٥٦ تعليق فيسيت، ومدنى ١- ١٩٨١/٣/١٧ - النشرة -١- رقم ٩٣ ص ٧٨ ومدنى ٢- ١٩٨٢/٦/٣٠ - الشنرة ٢ - رقم ٩٩ ص ٧٢ - أنظر قانون المرافعات الفرنسى - طبعة ١٨- ١٩٩٤ - ١٩٩٥ لجينشار- ص ٢٧٩ رقم ١٣. وأيضاً نقض ١٩٧٧/٢/٢٢و ١٩٧٧/٣/٢٨ - دالوز سيرى ١٩٧٧ - معلومات سريعة - ص ٤٠٩، ٤١٠.

(٢) نقض دائرة أولى مدنى فى ١٩٨٣/٢/٢٢ - النشرة المدنية -١- رقم ٧٢ ص ٦٣، الدائرة الثانية فى ١٩٨٦/٢/٢٦ - J.C.P. - ١٩٨٦-٤- ص ١٢٥. لدى جينشار - ص ٢٧٩.

(٣) يمثل تطوراً للنزاع كذلك: ظهور ورقة - تحت يد شخص من الغير - كانت غير معروفة أمام قضاة الدرجة الأولى (محكمة اكس ١٩٧٥/١١/١٩ - جازيت دى باليه ١٩٧٦ - مختصرات ص ١٧٨) تقديم طلب عارض لأول مرة فى قضية الاستئناف (نقض مدنى - دائرة ٣ - ١٩٧٧/١٢/١٤ - النشرة المدنية ٣- رقم ٤٤٨، والجازيت ١٩٧٨ - بانوراما - ص ٨٣، ونقض تجارى ١٩٨٤/١١/٦ - الجازيت - ١٩٨٥ بانوراما - ص ٩١ ملاحظات جينشار)، قبول أحد الخصوم للتسوية القضائية (نقض ١٩٧٩/١٠/٢٤ -J.C.P ١٩٨٠ -٤- ص ٨)، ايداع تقرير خبير عينته محكمة الاستئناف لتبرير اختصام مكتب للدراسات (نقض مدنى -٣-١٩٧٨/١٠/٣١ - جازيت دى باليه - ١٩٧٩ بانوراما - ص ٢١)، اكتشاف انتحال شخصية أحد الخصوم (ليون ١٩٧٦/٤/٢٨ - دالوز ١٩٧٧ - ص ٢٠) صدور قانون جديد (بواتييه ١٩٨٦/٦/١٨ - جازيت ٤ أبريل ١٩٨٧ - مختصرات، أنظر جينشار - قانون المرافعات - ص ٢٧٩ - ٢٨٠ - المادة ٥٥٥).

وأنظر كذلك جيرار ليجيه - الاختصام فى الاستئناف وتطور النزاع - دالوز ١٩٧٨ -فقه ٣١- ص ١٥١ وبعدها. حيث يوضح أن تطور النزاع يستلزم تغييراً فى مركز الأطراف وتغيراً =/=

لاختصام الغير، ولو لم يكن الشخص المراد ادخاله خصماً أمام أول درجة، أى كان غريباً عن النزاع، وهذا الشرط مطلوب أيضاً حتى لقبول طلب جعل الحكم الصادر فى الدعوى مشتركاً [(١)]. على أنه يجب لاختصام الغير فى الاستئناف أن يكون للخصم الذى يريد ادخال الغير مصلحة من وراء ذلك، وذلك لحظة تقديم طلب الاختصام [(٢)]، ويبقى للمحكمة سلطة تقدير مدى كفاية هذه المصلحة لذلك الاختصام [(٣)].

ذلك هو مسلك المشرع الفرنسى، باجازته اختصام الغير لأول مرة أمام الاستئناف، ولو لم يكن طرفاً فى خصومة أول درجة، طالما أن من شأن ذلك أن يساعد على الفصل فى النزاع بأكمله، فكما يجوز عرض واقعة جديدة لم تكن معروفة أمام أول درجة، فإنه يجوز أيضاً ادخال شخص جديد غريب عن الخصومة الأصلية، طالما ان ذلك يساهم فى الحل الشامل للنزاع، بجميع عناصره الموضوعية والشخصية [(٤)]، وهذا المسلك مبرر على ضوء طبيعة الاستئناف، وان مبدأ التقاضى على درجتين لا يتعلق بالنظام العام فى القانون الفرنسى.

=/= فى معطيات القضية، وأن العنصر الجديد الذى يجوز ابداؤه فى الاستئناف يجب أن تكون له صلة مباشرة مع الخصومة، وأن يلقى ضوءاً جديداً على النزاع. ويشير إلى أن العنصر الجديد الذى يجيز اختصام الغير فى الاستئناف يجب أن يكون غير معلوماً أمام أول درجة، فهو قد ظهر أو اكتشف بعد صدور حكم الدرجة الأولى.

(١) نقض مدنى - دائرة أولى - فى ١٩٧٧/٣/٢٨ - النشرة المدنية ١ - رقم ١٦٢ - ص ١٢٦، ودالوز ١٩٧٧ - معلومات سريعة - ص ٤٠٩ ملاحظات جيليان، ونقض مدنى دائرة ٣- فى ١٩٧٧/١١/٨ - دالوز ١٩٧٨ - معلومات سريعة - ص ١١٦ - ملاحظات جيليان، وفى ١٩٨٠/٦/٤ - J.C.P. ١٩٨٠ -٤- ص ٣٠٧ - لدى جينشار - قانون المرافعات - ص٢٧٩.

(٢) محكمة سان دينى دى لارينو - فى ١٩٧٤/٧/٢٦ - دالوز سيرى ١٩٧٥ - مختصرات - ص٢٤

(٣) نقض تجارى فى ١٩٨٨/٦/٥ - J.C.P. ١٩٨٨ - ٤- ص ٧٤ - جنيشار - ص ٢٧٨.

(٤) أنظر جيرار ليجييه - الاختصام فى الاستئناف وتطور النزاع - دالوز سيرى - ١٩٧٨ - فقه-٣١- ص ١٥٥

أما أمام محكمة النقض، فإنه لا يجوز اختصام الغير فى خصومة الطعن بالنقض، فمن لم يكن طرفاً فى خصومة الاستئناف لا يجوز اختصامه أمام النقض [١]، إذ القضية أمام النقض لا يجب أن تتعدى اطرافها أمام محكمة الاستئناف [٢]. فمن كان خصماً أمام أول درجة يجوز اختصامه فى الاستئناف، ومن كان خصماً أمام الاستئناف يجوز ادخاله أمام النقض. وإذا فرض أن شخصاً انضم أمام أول درجة لأحد الخصوم، ولم ينضم له فى طلباته فى الاستئناف – بعد رفض الدعوى – فإنه يجب عدم قبول اختصامه أمام محكمة النقض لأنه لم ينضم للمستأنف فى طلباته [٣]، أى أنه لم يكن طرفاً فى الاستئناف. وإذا طالب أحد الاشخاص التدخل فى الاستئناف ولم تفصل المحكمة فى هذا الطلب صراحة ولا ضمناً، فإن طالب التدخل يظل خارجاً عن الخصومة الأصلية ولا يعتبر طرفاً فيها، وبالتالى لا يقبل اختصامه فى الطعن بالنقض، حيث لا يجوز أمام النقض اختصام من لم يكن طرفاً فى الخصومة أمام محكمة الاستئناف [٤].

---

(١) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٨ – طعن رقم ٤٠٩ لسنة ٥٣ ق – التعليق للدناصورى وعكاز – طبعة ٨ – ص ٤٥٧. وأنظر بالتفصيل أرنست فاى – محكمة النقض – ١٩٧٠ – ص ٢٧٩ وبعدها – رقم ٢٤٥ وما بعدها . وكذلك جاك بوريه – النقض فى المواد المدنية – ١٩٨٨– ص ٩٢٢ رقم ٣٠٩٣.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٧/١١/١٥ – طعن رقم ١٠٩ لسنة ٥٣ ق، ١٩٨١/٢/٢٢ – السنة ٣٢ عددا١– ص ٥٧٩ – التعليق – ص ٤٧٦ رقم ١٣٨، ونقض ١٩٨٣/٦/١٢ – طعن رقم ٥٠١ لسنة ٤٢ ق– التعليق – ص ٤٦٩ – رقم ٩٥ المادة ٢٥٣.

(٣) نقض ١٩٧٩/٣/١٧ – طعن رقم ١٠٧٨ لسنة ٤٨ ق – أبو الوفا – المرافعات – ص ٩٦١. وكذلك نقض ١٩٧٢/٣/٣٠. مجموعة النقض السنة ٢٣ – ص ٦٠٩ – نبيل عمر – أصول المرافعات – ص ٥٥٨. ونقض ١٩٦٩/١/٣٠ السنة ٢٠ – ص ١٩٣.

(٤) نقض ١٩٦٩/١/١٦ – مجموعة النقض السنة ٢٠ ص ١٢٨. على أنه إذا صدر حكم بعدم قبول طالب التدخل الهجومى أمام محكمة الاستئناف، فإن المتدخل يملك الطعن بالنقض فى هذا الحكم باعتبار، محكوماً عليه وان كان لا يعتبر خصماً أصلياً (نقض ١٩٦٧/٥/١٨) =/=

معنى ذلك أن مناط اختصام الشخص أمام محكمة النقض «أن يكون قد اختصم أمام محكمة الاستئناف، أو وجهت إليه طلبات أو وجه هو طلبات إلى الخصوم» ، أما إذا لم توجه إليه أيه طلبات - أمام الاستئناف، بأن وقف من الخصومة موقفاً سلبياً [1] ، أو لم يبد هو أية منازعة فى الدعوى [2] ، أو لم يقض عليه بشئ [3] ، فإن اختصامه أمام النقض يكون غير مقبولاً.

أما الاشخاص الذين كانوا اطرافاً فى خصومة الاستئناف، أى الخصوم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه. ولم يوجه إليهم الطعن بالنقض، فإنه يجوز اختصامهم أمام محكمة النقض، وذلك عن طريق المدعى عليهم فى الطعن (المادة ٢٥٩ مرافعات). فالادخال يكون من حق المطعون ضدهم بالنقض وليس عن طريق الطاعن، اذ أنه كان بامكانه أن يرفع طعنه على من يشاء - خلال ميعاد الطعن - فلا يجوز له ادخال من لم يرفع الطعن عليه فى الميعاد [4].

=/= ولكن إذا رفع الطعن على خصم زالت صفته التى خوصم بها قبل الطعن فإن هذا يكون غير مقبولاً لأنه على الطاعن مراقبة ما يطرأ من تغيير فى صفة خصومه (نقض ١٩٨٥/١٢/٩ طعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٥٢ ق - التعليق - ص ٤٧٥ رقم ١٣٠.

(١) نقض ١٩٩٢/٥/٢١ - طعن رقم ٢٤٠٧ لسنة ٥٦ ق - تعليق الدناصورى وعكاز - طبعة ٨ - الجزء الثانى - ص ٥٠٧ المادة ٢٦٠ رقم٢.

(٢) نقض ١٩٧٨/١١/١٦ - طعن رقم ٩٢٧ لسنة ٤٥ ق - أبو الوفا المرافعات - ١٩٩٠ - ص٩٦١.

(٣) نقض ١٩٩٣/١/١٤ - الطعنان رقما ٧٥١، ٨١٧ لسنة ٥٨ ق - تعليق الدناصورى وعكاز - المادة ٢٦ - ص ٥٠٧ رقم ٣. وكذلك نقض ١٩٨٨/١٢/١ - طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ ق - التعليق - ص ٤٨٠ رقم ١٨٤ - المادة ٢٥٣.

(٤) فتحى والى - الوسيط - ١٩٨٦ - ص ٨٠٦. وكذلك نبيل عمر - الأصول - ص ١٢٨٨. وأنظر نقض ١٩٨٤/٤/٨ - طعن رقم ١١٦٧ لسنة ٥٣ ق - أبو الوفا - ص ٩٦٧.

كذلك فإنه بموجب المادة ٢/٢١٨، ٣، التى ترسى قاعدة عامة تنطبق على خصومة الطعن بالنقض [١]، إذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، أو فى حالة الضمان مع اتحاد دفاع الضامن والمضمون، يجوز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضماً إليه فى طلباته، فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن. فبموجب هذه المادة، يمكن اختصام المحكوم عليهم فى الطعن بالنقض ولو بعد فوات ميعاد الطعن أو بعد قبولهم للحكم المطعون فيه، وذلك تحقيقياً لوحدة موقف المحكوم عليهم جميعاً فيما ينتهى إليه أمر الحكم الصادر عليهم [٢]، وذلك إذا لم ينضموا هم إلى الطعن. والمحكمة هى التى تأمر بهذا الاختصام، بصريح النص، وكما سنوضح بعد ذلك بالتفصيل فى الباب الثانى المخصص لاختصام الغير عن طريق المحكمة.

ولكننا لا نرى ما يمنع من أن يتم الاختصام أيضاً فى هذه الاحوال عن طريق الخصوم- الطاعن- لأن اختصام الغير أمام النقض من حقهم، بموجب المادة ٢٥٩ ولأن الاختصام أيضاً فى هذه الأحوال - بأمر المحكمة - انما يتم عن طريقهم فى النهاية فلا يوجد ما يمنع من ان يتم ذلك من البداية بواسطتهم، فالمشرع يرمى فى تلك الاحوال إلى ضرورة سحب جميع المحكوم عليهم إلى محكمة النقض حتى يكتمل أشخاص خصومة الطعن، يستوى أن يتم ذلك عن طريق المحكمة أو الخصوم. على أنه يجب أن يكون الشخص المراد اختصامه محكوماً عليه، ذلك ان نص المادة ٢١٨ ينطبق على الطعن بالنقض فى حالة تعدد المحكوم عليهم دون حالة تعدد المحكوم لهم، نظراً لورود نص بشأن هؤلاء الأخيرين هو نص المادة ٢٥٣

---

(١) أنظر وجدى راغب - ص ٦٨٤، ٦٨٥. وكذلك فتحى والى - ص ٨٠٦.

(٢) أنظر نقض ١٩٨١/٢/٩ - طعن رقم ٢٨٨ لسنة ١٢٦ ق - التعليق للدناصورى وعكاز - طبعة ٨ - ص ١٤٣ رقم ٥٣ - المادة ٢١٨.

الذى يوجب إشتمال صحيفة الطعن بالنقض على أسماء جميع الخصوم وإلا كان الطعن باطلاً ومن ثم غير مقبول، وتلك مسألة تتعلق بالنظام العام[1].

معنى ذلك أنه فى أحوال التعدد الاجبارى للخصوم فى الطعن، يمكن للطاعن[2] اختصام المحكوم عليهم - دون المحكوم لهم - فى طعنه ولو بعد فوات الميعاد. كما ان للمطعون ضدهم بالنقض أن يدخلوا أى خصم فى القضية التى صدر فيها الحكم المطعون فيه ولم يوجه إليه الطعن، وذلك بموجب المادة ٢٥٩، يستوى فى ذلك أن يكون محكوماً له أو عليه. ويكون الادخال باعلان هذا الشخص بالطعن أى باعلانه بصوره من صحيفة الطعن بالنقض الذى يجب أن يتم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ اعلان طالب الادخال بصحيفة الطعن، بموجب المادة ٢٥٩. وبتمام هذا الاعلان يصير المطلوب ادخاله خصماً فى خصومة النقض، ويأخذ فيها مركز المطعون ضده. فإن بدا له أن يقدم دفاعاً، فعليه - كأى مطعون ضده - أن يقدم مذكرة بدفاعه مرفقاً بها المستندات التى يرى تقديمها [3]، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من اعلانه (المادة ٢/٢٥٩).

---

(١) أنظر نقض ١٩٨٠/٢/٩ - طعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق - التعليق - طبعة ٨ - جزء ٢ - ص ١٤٢ رقم ٤٦، ونقض ١٩٨٢/١٠/٢٦ - طعن رقم ١٢ لسنة ٤٣ ق - - ص ١٤٧ رقم ٦٢، وفى ١٩٧٦/٤/٢٤ - طعن رقم ١٥٤ لسنة ٥١ ق، ٢٢١٢ لسنة ٥٢ ق - ص ١٥١ رقم ٢٨٣، وفى ١٩٩٣/١/١٠ - طعن رقم ٤٥ لسنة ٥٨ ق، ١٩٩٢/٣/١٥ - طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٥ ق - ص ٤٨٥ رقم ٢١٢.

(٢) إذا أمرت المحكمة باختصام المحكوم عليهم فإنها توجه الأمر إلى الطاعن، كى يختصمهم، وبالتالى يمكن للطاعن أن يختصمهم من تلقاء نفسه. وإذا كان من الممنوع على الطاعن أن يختصم اطرافاً آخرين بعد فوات ميعاد الطعن إلا أن ذلك قاصر على اختصامه للمحكوم لهم لا للمحكوم عليهم، أنظر نقض ١٩٩٢/٦/٧ - طعن رقم ٢١١٤ لسنة ٥٦ ق، ١٩٩٣/١/١٠ طعن رقم ٤٥ لسنة ٥٨ ق - التعليق - ص ٤٨٤، ٤٨٥ - رقم ٢٠٨، ٢١٢.

(٣) أنظر فتحى والى ص ٨٠٦، ٨٠٧، ونبيل عمر - ص١٢٨٨، وأحمد - ص ٧٣٨، ٧٣٩. وبانقضاء مهلة الخمسة عشر يوماً هذه تبدأ مواعيد الرد التى نص عليها القانون بالنسبة للطاعن والمطعون ضدهم فى مواجهة بعضهم بعضاً، وللمطعون ضدهم فى مواجهة الطاعن (المادة٢/٢٥٩).

على أنه قد يحدث أن تنقض محكمة النقض الحكم المطعون فيه أمامها، ثم تتصدى للفصل فى موضوع القضية وذلك حيث يكون الموضوع صالحاً للفصل فيه [1]، أو كان الطعن بالنقض للمرة الثانية [2]، ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه (المادة ٤/٢٦٩). فى هذه الاحوال تقوم محكمة النقض بوظيفة محكمة الموضوع التى نُقض حكمها، وتكون لها جميع سلطاتها بما فى ذلك سلطتها فى اختصام الغير، مع الزامها بالمبدأ القانونى الذى قررته فى حكمها السابق بالنقض [3]، وبالتالى يكون اختصام الغير أمامها فى ذات الحدود التى سبق ايضاحها أمام محكمة الاستئناف – وهو الغالب – التى أصدرت الحكم المطعون فيه.

---

(١) وذلك كما لو كانت محكمة الموضوع قد فصلت فى موضوع القضية واستكملت تقريرها لوقائعها على نحو صحيح، ثم نقض الحكم على أساس مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو تأويله، فلا داعى للاحالة فى هذه الحالة وانما تفصل محكمة النقض فى الموضوع على أساس تطبيق المبدأ الذى قررته على وقائع القضية كما قررتها محكمة الموضوع، (وجدى راغب – المبادئ – ص ٦٩٧، ٦٩٨)، لأن عودة النزاع إلى محكمة الموضوع فى مثل هذه الحالة يعتبر مضيعة للوقت، (فتحى والى – ص ٨٣١، نبيل عمر – ص ١٢٩٨).

(٢) وذلك قطعاً لدابر النزاع عند حد معين، نقض ١٩٨٠/٥/١٧ – السنة ٣١ – جزء ثان – ص ١٤٠٩. وفى تلك الحالة تلتزم محكمة النقض بالفصل فى الموضوع ولو لم يكن صالحاً للفصل فيه (نبيل عمر – ص ١٢٩٨)، ويشترط للتصدى فى تلك الحالة أن ينصب الطعن فى المرة الثانية على ما طعن عليه فى المرة الأولى (نقض ١٩٧٨/١١/١٧ – مجموعة النقض السنة ٢٩ – ص ١٦٦٩، ١٩٧٨/١١/١ – السنة ٢٩ – ص ١٦٦٧، ١٩٧٨/٢/١٩ – طعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٤٥ ق – ١٩٨٠/١٢/١٧ – طعن رقم ٢٩٦ لسنة ٤٧ ق، ١٩٨٨/٤/٦ – طعن رقم ١٦٠٨ – لسنة ٥٧ ق – الدناصورى وعكاز – التعليق – طبعة سابقة – ١٩٩٢ – ص ١٢٢٥ رقم ٢١).

(٣) أنظر فتحى والى – ص ٨٣٢، وجدى راغب – ص ٦٩٨، نبيل عمر – ص ١٢٩٨.

أما فى خارج حالة التصدى، إذا نقضت محكمة الحكم المطعون فيه، فإنها لا تنظر الموضوع، بل عليها أن تحيل القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه، سواء كانت هذه محكمة استئناف، وهو الغالب، أو محكمة أول درجة، وان كانت القضية لا تعود إلى المحكمة التى اصدرت الحكم المطعون فيه تلقائياً كأثر للحكم والاحالة، بل يكون ذلك بناء على طلب تعجيل من ذى المصلحة من الخصوم (المادة ٢/٢٦٩). ويترتب على نقض الحكم المطعون فيه، زوال الحكم المنقوض وسقوط ما أمر به وما قرره من الحقوق بين طرفيه [(١)]، وتعود الخصوم إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ويعود الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل ذلك [(٢)]، وبالتالى تسرى القواعد التى تحكم اختصام الغير أمام محكمة الاحالة، فيمكن اختصام الغير أمام محكمة الاستئناف، فى الحدود التى أوضحناها، فليس هناك من قيد جديد سوى اتباع حكم النقض فى المسألة القانونية التى فصل

---

(١) نقض ١٩٧٧/١/١٩ - السنة ٢٨ - ص ٢٦٨. وتلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بقضاء محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت بها، نقض ١٩٨٣/١٢/٢٦ - طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٥٣ ق - التعليق - ص ١٢٢٥ - المادة ٢٦٩ - رقم ٢٢٣ ونقض ١٩٨٨/١٢/٢١ - طعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٦ ق - ص ١٢٢٩ رقم ٢٣٥.

(٢) وتلك نتيجة ضرورية تترتب على صدور الحكم بالنقض صرح بها هذا الحكم أو لم يصرح (نقض ١٩٧٢/٣/١٤ - السنة ٢٣ - ص ٤٠١). فنقض الحكم لا ينشئ خصومة جديدة بل هو يزيل الحكم المنوقض ليتابع الخصوم السير فى الخصومة الأصلية أمام محكمة الاحالة بعد تحريك الدعوى أمام هذه الأخيرة (نقض ١٩٨٢/١٢/٥ - طعن رقم ٨٣١ لسنة ٤٩ ق - التعليق - ص ١٢٢٣ رقم ١٧) وتسترد تلك المحكمة حريتها فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى ولا يقيدها إلا أن تتبع حكم النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها (نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ لسنة ١٧ - ص ٩٣٨، ١٩٨٣/١٢/٢٦ - طعن رقم ٢٢٥ لسنة ٥٣ ق - ص ١٢٢٥ رقم ٢٣). وكذلك نقض ١٩٨٨/٤/٧ - طعن رقم ٨٤٠ لسنة ٥٤ ق - التعليق - ص ١٢٢٩ - رقم ٣٠.

فيها [١].

هذا هو وضع اختصاص الغير أمام محكمة النقض فى القانون المصرى. أما فى القانون الفرنسى، فإن المشرع أشار فى المادة ٢/٣٢٧ ، بصدد القواعد التى تنظم التدخل بنوعيه (الاختيارى والجبرى أى الاختصام) إلى أنه يكون مقبولاً فقط أمام محكمة النقض التدخل الاختيارى المقدم بصورة تبعية، مما يعنى أن التدخل الاختيارى الهجومى غير مقبول أمام النقض، ولم يشر المشرع صراحة إلى اختصام الغير. وأوضح المشرع أن الطعن بالنقض يقبل من كل خصم ذى مصلحة حتى إذا كان الحكم الذى أضر بمصالحه لم يفد خصمه (المادة ٦٠٩)، مما يعنى ان لمن اختصم أمام الاستئناف ان يطعن بالنقض [٢]، طالما أنه تضرر من حكم الاستئناف، حتى لو لم يتضرر خصمه من هذا الحكم. وبعد ذلك نص المشرع – فى المادة ٦١١ – على أن الطعن بالنقض يكون مقبولاً حتى إذا كان الحكم بالادانة قد صدر لمصلحة شخص لم يكن طرفاً فى الخصومة، أو صدر ضد مصلحة هذا الشخص، وهذا يعنى أن الحكم المطعون فيه قد يفيد أو يضر طرفاً فى الخصومة التى صدر فيها هذا الحكم، أو شخص آخر ليس طرفاً فيها، وبالتالى يمكن لمن تضرر من هذا الحكم – من اطراف الخصومة – ان يطعن بالنقض [٣].

---

(١) أنظر نقض ١٩٨٨/٦/٢٩ – طعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق – التعليق – ص ١٢٢٩ رقم ٣٤.
نقض ١٩٩٠/١/١٤ – طعن رقم ٢٤١٢ لسنة ٥٤ ق – التعليق ص ١٢٣٠ رقم ٢٧. على أن هذا القيد لا يقتصر على المسألة القانونية التى فصل فيها حكم النقض وإنما يمتد إلى ما ارتبط به من اجزاء الحكم الأخرى، نقض ١٩٨٨/١٢/٢١ – طعن رقم ١٠٩٢ – لسنة ٥٦ ق – التعليق للدناصورى وعكاز – ص ١٢٢٩ – رقم ٣٥.

(٢) نقض مدنى – الدائرة الثانية – ١٩٦٥/٣/٢٤ – النشرة المدنية -٢- رقم ٣٠٠- لدى جينشار – قانون المرافعات – ص ٣٣٢ المادة ٦٠٩.

(٣) فى حالة عدم التجزئة تجاه عدة أطراف، فإن الطعن المقدم من أحدهم ينتج أثره تجاه الآخرين حتى إذا كان هؤلاء لم ينضموا إلى خصومة النقض. وفى نفس هذه الحالة، فإن الطعن المقدم ضد أحدهم لا يكون مقبولاً إلا إذا استدعى جميع هؤلاء إلى الخصومة (المادة ٦١٥)

تلك هي النصوص التى تحدثت عن اطراف الطعن بالنقض فى القانون الفرنسى، ولا يوجد نص صريح ينظم اختصام الغير أمام محكمة النقض، ويمكن القول أنه يستفاد من هذه النصوص أن إطار خصومة الطعن بالنقض قاصر على من كان خصماً أمام الاستئناف. وبالتالى فإن لأى طرف فى خصومة الطعن بالنقض أن يختصم أى شخص كان خصماً أمام الاستئناف، أما من لم يكن طرفاً فى تلك الخصومة التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض فلا يجوز اختصامه أمام محكمة النقض.

وفى حالة الغاء محكمة النقض للحكم المطعون فيه، واحالتها للدعوى إلى المحكمة التى اصدرت هذا الحكم، فإن المشرع الفرنسى أوضح – فى المادة ٦٣٥ – أن تدخل الغير (أى التدخل الاختيارى) انما يخضع لذات القواعد التى تطبق أمام القضاء الذى تم نقض حكمه. وان الاشخاص الذين كانوا أطرافاً فى الخصومة أمام المحكمة التى نقض حكمها، ولم يكونوا أطرافاً أمام محكمة النقض، يمكن استدعائهم فى الخصومة الجديدة أو يتدخلوا فيها اختيارياً، وذلك إذا كان نقض الحكم قد مس بحقوقهم (المادة ٦٣٦) [1].

١٧- المركز القانونى للغير المُختصم :

يعتبر الغير باختصامه طرفاً فى الدعوى التى أدخل فيها، ذلك أن الاختصام فى ذاته يعنى توجيه طلب إلى الغير أو اشراكه فى طلب مقدم فى الخصومة [2]، فبهذا الطلب يأخذ الغير صفة الطرف فى الخصومة. وهو

(١) وهؤلاء الاشخاص يمكن لهم، بناء على ذات الشرط، أن يبادروا بعرض ادعاءاتهم على قضاء الاحالة (المادة ٦٣٧).

(٢) ومناط تحديد الخصم هو توجيه الطلبات إليه فى الدعوى – نقض ١٩٨٥/١/١٤– طعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٠ ق – التعليق – للدناصورى وعكاز – ١٩٩٢ – ص ٥٠٤. وكذلك نقض ١٩٦٦/٥/٢٤ السنة ١٧ – ص ١٢٢٣.

يأخذ هذه الصفة ولو وقف الغير المختصم موقفاً سلبياً ولم يقدم أى طلبات أو دفوع [١]، فالغير باختصامه يصبح خصماً جديداً، هو من كان يجوز اختصامه عند رفع الدعوى [٢].

معنى ذلك ان الغير باختصامه يصبح طرفاً أو خصماً فى الدعوى، ويأخذ المركز القانونى للخصم. وبالتالى يتواجد الغير فى مركز قانونى، وتصبح لديه امكانية قانونية لمباشرة النشاط الاجرائى للخصومة الخاضع لقواعد المرافعات، وهذا المركز القانونى يتيح للخصم الاسهام فى تكوين العمل القضائى وفى فاعليته، وذلك عن طريق تمكينه من مباشرة اجراءات الخصومة واسناد آثارها إليه، فوصف الخصم يعبر بالنسبة لشخص معين على أنه طرف فى خصومة [٣]، بما يترتب على ذلك من نتائج تتعلق بإمكانية المشاركة فى الخصومة عن طريق اجراءاتها أو من حيث تحمل نتائجها عن طريق اسناد آثار الحكم إليه [٤].

---

(١) أنظر فتحى والى – الوسيط – ١٩٨٦ – ص ٣٢٨، وأيضاً وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٤، والعشماوى -٢- ص ٣٥٤.

(٢) إذ الاختصام يوسع نطاق الخصومة من حيث الاشخاص. على أن الغير المختصم لا يحل محل أحد الخصوم الذى لا تتوافر لديه الاهلية أو الصفة، وعلى ذلك فإدخال شخص ليمثل أحد الاطراف قانوناً فى الخصومة لعدم أهليته لا يعتبر اختصام بالمعنى الفنى للكلمة لأن هذا الاجراء يصحح الخصومة فقط (أنظر نبيل عمر – ص ٥٥٧ – ٥٥٩).

(٣) والخصائص المميزة للمركز القانونى للخصم تتمثل فى أنه مركب (لا يقتصر على حق أو مكنة واحدة بل يتضمن عديداً من الحقوق والواجبات الاجرائية)، وهو مركز مستمر (حيث يتواجد طوال المدة التى تستغرقها الخصومة، فإذا انتهت الخصومة بحكم فإنه يستمر كأثر لهذا الحكم)، وهو مركز متحرك (لا يتخذ شكلاً ثابتاً طوال المدة التى يستغرقها بل تتغير مظاهره خلالها، حيث تنشأ عنه للخصم مراكز وتنقضى لتحل محلها مراكز أخرى حسب المرحلة التى يجتازها فى الخصومة أو بعد انقضاء الخصومة)، أنظر وجدى راغب – دراسات فى مراكز الخصم – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة ١٨ – عدد ١ – ص ١٠٤ وما بعدها.

(٤) والوصف الاجرائى للخصم انما يستقل عن الحق الموضوعى وحق الدعوى، وبصرف النظر =/=

وبناءً على ذلك تكون للغير المختصم كافة حقوق الخصم وتقع عليه واجباته، أى تكون له كل سلطات الخصم أو الطرف فى الخصومة وعليه اعباؤه [1]. فاللغير كافة الحقوق الاجرائية التى تكون للخصم، ويقصد بالحقوق الاجرائية مجموع المكنات أو السلطات التى يخولها القانون للخصم، وذلك سواء توافرت لها مقومات الحق الشخصى الذى لا يقابله التزام على الطرف الآخر (مثل حق الخصم المحكوم له بالمصاريف فى استرداد ما دفعه من الخصم الآخر المحكوم عليه) أو كانت مجرد مكنة - مباشرة اجراء معين لا يقابلها التزام بالمعنى الفنى، مثل مكنة تقديم دليل [2]. وهذه الحقوق أو السلطات التى تتميز بأنها لمصلحة صاحبها، له استعمالها أو عدم استعمالها، فهو لا يجبر على استعمالها وألا يتحمل جزاء لعدم استعمالها، وهى تستمد من صفة الخصم فى الغالب أى أنها تثبت لأى خصم[3].

فيصبح للغير القيام بكافة الحقوق الاجرائية التى للخصم، وأهم هذه الحقوق الحق فى تسيير الخصومة (وذلك بالحضور إلى المحكمة فى الميعاد

=/= عن وجودهما، على أن هذا لا ينفى أن وصف الخصم يتأثر فى مداه بهذه الحقوق، إذ يترتب على انقضاء الحق الموضوعى للمدعى الحكم برفض دعواه، وهذا يؤثر على حقوقه المترتبة على الحكم، فلا ينشأ له مثلاً الحق فى التنفيذ. كذلك فإنه يترتب على انتفاء حق الدعوى للمدعى انقضاء الخصومة انقضاء مبتسراً بغير الفصل فى موضوع الدعوى حيث يحكم فيها بعدم قبول الدعوى (وجدى راغب - مركز الخصم - ص ١١١، ١١٢- وأنظر أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية ص ١٠٥ وبعدها - رقم ١٠٦ وبعدها

(١) فتحى والى - ص ٣٢٨، نبيل عمر - الاصول - ص ٥٥٧، وجدى راغب - المبادئ - ص٤٩٤.

(٢) وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٣٩، ٤٤٠.

(٣) وقد تكون - أحياناً - مستمدة من مركز اجرائى معين فى الخصومة، فلا يكفى لإكتسابها صفة الخصم، وعندئذ يطلق عليها - تمييزاً لها عن النوع الأول - بالحق الاجرائى، ومثاله الحق فى الطعن، إذ لا يكون إلا للمحكوم عليه (فتحى والى - ص ٢٩٦).

المحدد للجلسة، وحقه فى تعجيل الخصومة الراكدة لأى سبب، والحق فى تصحيح الاجراء الباطل، وفى تقديم أى طلب أو دفع أثناء سير الخصومة يحقق مصلحته فى تسيير الخصومة، وسواء لاستعجال الاجراءات التالية أو لمنع ركودها) وحقوق الدفاع (بتمكينه من وسائل تكوين الرأى القضائى لصالحه وذلك توصلاً للحكم لصالحه، وهى تتمثل فى حقوق الدفاع الأساسية. وهى الحق فى الدفع والحق فى الاثبات والحق فى المرافعة، وحقوق الدفاع المساعدة - وهى حق الخصم فى العلم باجراءات الخصومة بالوسيلة التى يحددها القانون، وحقه فى أجل للاستعداد وحقه فى الحضور وحقه فى الدفاع الشخصى أو الاستعانة بمحام) والحق فى التصرف فى الخصومة (بتعديل الطلبات أثناء الخصومة أو التنازل عن حق من الحقوق الاجرائية أو ترك الخصومة أو التنازل عن الادعاء) [1].

أى أن للغير المختصم كافة حقوق أو سلطات الطرف أو الخصم فى الدعوى، فله بصفة خاصة أن يتمسك بكافة الدفوع الاجرائية والموضوعية [2]، فيمكنه التمسك بالدفوع التى تمسك بها أحد الخصوم، وله أن يتمسك بدفوع جديدة لم يتمسك بها غيره من الخصوم، مع مراعاة أنه إذا كان الدفع قد أبدى فى الدعوى قبل اختصام الغير وفصل فيه فإنه ليس للمختصم أن يثيره من جديد [3]، كما أنه ليس للمختصم أن يدفع بعدم الاختصاص المحلى للمحكمة المعروض عليها الدعوى الأصلية، والتى اختصم أمامها [4].

---

(١) أنظر بالتفصيل - وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٤١ - ٤٤٨.

(٢) فتحى والى - ص ٣٢٨.

(٣) أنظر فتحى والى - ص ٣٢٨ هامش .

(٤) هذا ما يوضحه المشرع الفرنسى فى المادة ٣٣٣ مرافعات، فالمشرع أكد فى هذه المادة أن الغير المختصم يلتزم بالمثول أمام هذه المحكمة حتى إذا آثار شرطاً مانحاً للاختصاص. =/=

ويمكن للغير المختصم أن يقدم طلبات جديدة [1]، فهو قد لا يقدم أى طلب، وقد يقدم طلبات خاصة به، تختلف عن الطلبات المطروحة فى الدعوى. وإذا صدر الحكم فى الدعوى التى اختصم فيها، وكان هذا الحكم ضد صالحه فإن له أن يطعن فى هذا الحكم بكافة طرق الطعن المقررة لذلك، أما إذا صدر الحكم لصالحه فإنه يكون للخصوم الأصليين الطعن فى هذا الحكم [2].

وبخصوص الاثبات فى الدعوى، فإن المختصم يستفيد مما يكون قد قدم من مستندات تخدم موقفه. وهو لا يلتزم بالأيمان التى حلفها الخصم – الذى اختصم إلى جانبه – أو بما يكون قد صدر عليه من اقرار، ويمكنه كذلك انكار التوقيع أو الادعاء بالتزوير [3].

أما من ناحية واجبات المختصم أو اعباؤه، فإنها تتنوع وتتعدد صورها [4]، وتتمثل أهم هذه الواجبات [5]، فى واجب الحضور – المثول

=/= وأنظر فى هذا المعنى – نقض تجارى ١٩٨٢/١١/٨ – النشرة المدنية –٤– رقم ٣٣٧ – ص ٢٨٥، وبالجازيت ١٩٨٣ – بانوراما – ص ٩٩ – ملاحظات جينشار. ومحكمة باريس فى ١٩٩٠/١/٣١ – نشرة وكلاء الدعوى – ١٩٩٠–٢– ٤٤– لدى جينشار – قانون المرافعات – ١٩٩٥– ص ١٤٢ المادة ٣٣٣.

(١) وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٤.

(٢) نقض ١٩٥٦/٦/٢١ – مجموعة النقض السنة ٧ – ص ٧٥١ – التعليق – للدناصورى وعكاز – طبعة ٧ – ١٩٩٢ – المادة ١١٧ – ص ٥٠٣. وكذلك نقض ١٩٥٧/٣/٧ – السنة ٨ – ص٢١٤.

وأيضاً نقض ١٩٧٩/١٢/١٢ – السنة ٣٠ – ص ٢٥٣. وأنظر كذلك أحمد مسلم – الاصول – ص ٥٨٦.

(٣) فتحى والى – ص ٣٢٩، وكذلك نبيل عمر – ص ٥٥٧.

(٤) نظراً لأن القانون يفرضها من أجل عدة اعتبارات منها حسن سير مرفق القضاء أو مراعاة لحق الخصم الآخر أو الاسراع بالفصل فى القضايا (ابراهيم النفياوى – مسئولية الخصم عن الاجراء – ١٩٩١ – ص ٤٧٩ وما بعدها).

(٥) أنظر بالتفصيل – النفياوى – ص ٤٧٩ وما بعدها.

أمام المحكمة فى اليوم المحدد لنظر الجلسة لمتابعة سير الخصوم ولمساعدة المحكمة فى تكوين اعتقادها وتنويرها بصدد ما يطرح أمامها من وقائع، وواجب متابعة الاجراءات - متابعة سير الاجراءات وتوجيهها بالنسبة للمدعى أو من يقدم مقامه، واجب احترام الشكل - مراعاة الشكل الذى حدده المشرع واحترام المواعيد التى نص عليها ومراعاة الترتيب الذى جاء به، وواجب اعلام خصمه بالاجراءات - باعلانه بما يتخذ ضده من اجراءات واتاحة الفرصة له للاطلاع على المستندات التى تقدم فى القضية، وواجب الاثبات - بأن يثبت الخصم ما يدعيه فعلى الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه، وواجب المعاونة فى الاثبات - بالنسبة للخصم الذى لا يتحمل بحكم مركزه فى الخصومة واجب الاثبات إذ يجب عليه التعاون مع خصمه فى اظهار حقيقة المركز الذى يدور حوله النزاع عن طريق تقديم ما فى حوزته من أدلة ووسائل اثبات، وواجب الكشف عن الحقيقة - وذلك بعدم التجاء الخصم إلى أساليب الاحتيال أو المكر أو أن يعمد إلى تأكيد وقائع أو انكارها مع علمه بعدم صحة ذلك من أجل التوصل إلى خداع القاضى [1].

كذلك يقع على الخصم واجب السلوك بحسن نية - بألا يقصد الخصم من مباشرة اجراء أو تقديم طلب أو دفع مجرد تعطيل الفصل فى الدعوى أو الاضرار بالخصم الآخر وألا يباشر الاجراء بطريقة معينة بقصد حرمان خصمه من

---

(١) كما لا يجوز للخصم الاستناد إلى مستندات مزورة أو إلى اخفاء المستندات التى تؤدى إلى تغيير وجه الحق فى الدعوى لصالحه بغير وجه حق - وفقاً للحدود التى وضعتها المادة ٢٤١ مرافعات.
كما أن اليمين الكاذب يؤدى إلى تعريض الخصم للحكم عليه بالتعويضات وإلى الطعن فى الحكم - المادة ١١٧ إثبات (النفياوى - مسؤلية الخصم - ص ٤٨٣)

حقه فى الدفاع وألا يضلل الخصم الآخر باخفاء بعض المستندات القاطعة فى الدعوى عنه لمجرد الاضرار به (١). كـذلك يجب على من يكون فى مركز الخصم أن ينفذ أوامر المحكمة، وإلا جاز معاقبته بالغرامة أو بوقف دعواه، بموجب المادة ٩٩ مرافعات (٢).

ذلك هو المركز القانونى للغير المختصم فى الدعوى، حيث يصير خصماً - له كافة سلطات أو حقوق الخصم وعليه كافة اعباؤه وواجباته على ضوء موقفه فى الخصومة التى تدخل فيها وذلك طالما أن الغير قد أدخل فى الخصومة وفقاً للقاعدة العامة - أى كان يجوز اختصامه عند رفع الدعوى. أما من ادخل فى الدعوى بهدف الزامه بتقديم ورقة تحت يده، فإنه لا يعتبر فى مركز الخصم، على ما أوضحنا، فهو كالشاهد، لا يعد خصماً لأنه لا يوجه إليه طلباً موضوعياً، إلا اذا وجه إليه أحد الخصوم فى الدعوى أو وجه هو، طلب إلى أحدهم.

---

(١) وتطبيقاً لهذا تنص المادة ١٨٥ مرافعات ان للمحكمة أن تلزم الخصم الذى كسب الدعوى بالمصاريف كلها أو بعضها إذا كان قد ترك خصمه على جهل بما كان فى يده من المستندات القاطعة والدعوى أو بمضمون تلك المستندات (وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٥٠). وأنظر هذا الواجب بالتفصيل - عبد الباسط جميعى - اساءة استعمال الحق فى التقاضى وفى التنفيذ - مجلة القانون والاقتصاد - ١٩٨٣ - عدد خاص بمناسبة العيد المئوى لكلية حقوق القاهرة ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) أنظر النفياوى - مسئولية الخصم - ص ٤٨٣. وأنظر أنواع الاخلال بالجزاء الاجرائى - ص٦٨٨ وما بعدها

الفصل الرابع
الاختصـــام للضمـــان

١٨- مفهوم الضمان وأساسه وأنواعه :

يمكن اختصام شخص من الغير فى الدعوى وذلك إذا كان ضامناً لأحد الخصوم. فنحن بصدد شخص يضمن حقاً لآخر، أى أن يمكنه بالانتفاع بالحق على الوجه الذى قصده الطرفان وتقتضيه طبيعة الشئ محل الحق، وكذلك يضمن ألا يتعرض له شخص آخر فى الانتفاع بهذا الحق. وذلك مثل التزام البائع قبل المشترى بضمان التعرض والاستحقاق (بموجب المادة ٤٣٩ من القانون المدنى) - حيث أن الضمان فى تلك الحالة يعتبر بمثابة أداة يقدمها البائع للمشترى كى يحقق له الحيازة والتمتع الحر بالشئ المباع، حتى يتوقى مخاطر رفع يده عما يملك وأية مخاطر أخرى يدعى بها الغير على الشئ المبيع، فهو ضمان ضد أى حق قد يدعيه الغير [١]. والتزام

---

(١) أنظر دراسة تفصيلية للضمان «ضمان التعرض والاستحقاق فى العقود - دراسة مقارنة» لجاسم على سالم ناصر - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ١٧ وما بعدها.

والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق يجد أصله التاريخى فى القانون الرومانى، حيث كان الاستحقاق يتحقق فى حالة ما إذا انتزع المبيع من المشترى بموجب حكم قضائى، ويسمى المشترى فى هذه الحالة بالمهزوم وذلك لانهزامه فى دعوى الاستحقاق، بمعنى أنه كان لابد من دعوى ترفع ويصدر فيها حكم على المشترى للقول بأن هناك استحقاقاً، وهذه الدعوى قد يرفعها المالك الحقيقى والدائن المرتهن أو صاحب حق الانتفاع، ولا يقع الاستحقاق فعلاً إلا إذا خرجت العين من يد المشترى أو إذا اضطر فى سبيل استبقائها تحت يده إلى دفع قيمتها بعد رفع الدعوى عليه. على أن الرومان قد أجازوا فى زمن متأخر رجوع المشترى على البائع بالضمان ولو بقيت العين تحت يده إذا كان بقاؤها تحت يده يرجع سبب إلى أنه قد أوصى بها، أو أنه كان قد ورثها من مستحقها، كما أجازوا للمشترى الرجوع بالضمان عند استحقاق ملحقات المبيع، عدا حق الارتفاق، وفى عهد جستيان بدأت النصوص الخاصة بالضمان تبرز فى عقود البيع مع تطور التعامل نتيجة لما يرتبه الالتزام بالتعامل بحسن نية، فقد أجازوا للمشترى رفع دعوى الشراء المتولدة عن عقد البيع فيما لو امتنع البائع عن اعطاء هذا التعهد، ثم أباحوا رفع هذه الدعوى أيضاً =/=

المؤجر قبل المستأجر (المادة ٥٨١ مدنى) حيث يلتزم المؤجر بألا يتعرض للمستأجر وأن يدفع عنه أى تعرض قد يصدر من الغير، سواء أكان تعرضاً مادياً أو قانونياً، أى يضمن له الانتفاع بالعين المؤجره على الوجه الأكمل طوال مدة الايجار. وكذلك التزام المحيل قبل المحال (المادة ٣٠٨ مدنى) حيث يضمن من يحيل حقاً إلى غيره الا ينازعه شخص آخر فى هذا الحق. فالالتزام بالضمان يوجد فى جميع الاعمال وكافة العقود التى تستلزمه [١].

هذا هو مفهوم الضمان فى القانون المدنى [٢]، التزام يترتب بحكم القانون أو بمقتضى الاتفاق على من نقل حقاً إلى آخر قبل من انتقل إليه الحق فى الدفاع عنه إذا ما نازعه الغير منازعة ترجع إلى سبب سابق على

=/= لو امتنع البائع عن التعهد بضعفى القيمة، حيث كان العرف يقضى بذلك، ثم أصبح الالتزام بالضمان ينشأ عن العقد دون حاجة إلى نص، وينشأ فى جميع أنواع البيوع بحيث تحميه الدعوى الناشئة عن العقد نفسه وأصبح الالتزام جزء لا يتجزاء من عقد البيع.

وقد تأثر القانون الفرنسى القديم بنظام القانون الرومانى، وكان الضمان مرتبطاً بالعقد، كما هو الحال فى القانون الرومانى فى عهده الأخير. وجرى تطبيق نظرية الضمان فى عقد البيع باعتباره أكثر العقود أهمية حيث أنه لا يكفى أن يقوم البائع بنقل ملكية الحق المبيع للمشترى وإنما لابد من توفير الحماية لهذا الحق عن طريق الالتزام بضمان التعرض أو الاستحقاق لهذا الحق، أنظر جاسم ناصر – ضمان التعرض والاستحقاق – ص ١٠ وما بعدها – وكذلك شفيق شحاته – نظرية الالتزامات فى القانون الرومانى – ١٩٦٣ – ص ٢٢٢ وما بعدها – رقم ٢٦٣ – ٢٦٦.

(١) فإذا كان المشرع قد أورد التنظيم الخاص بالضمان فى باب البيع – المواد (٤٣٩ – ٤٥٥ من القانون المدنى) فإن ذلك يرجع إلى أن عقد البيع يعتبر أكثر العقود التى تولد التزام الضمان تداولاً وأكثرها أهمية، فضلاً عن تأثر واضعو القانون بالنشأة التاريخية لالتزام الضمان وأحكامه التى ترجع بصفة أساسية إلى عقد البيع. فأحكام الضمان ليست خاصة بالبيع بل تتناول كافة عقود المعاوضة التى يكون من شأنها نقل حق أو مجرد تمكين العاقد الآخر من الانتفاع كالمقايضة والشركة والقسمة والقرض والحوالة والاجارة، مع تفاوت فيما بين هذه العقود فى مدى الضمان وشروطه (أحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ٨ وبعدها – رقم٢ وبعدها).

(٢) الضمان لغة هو الكفالة والالتزام، فيلتزم شخصاً بأن يكفل آخر ويؤدى عنه ما قد يقصر فى آدائه، وضمن الشئ أى جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه (المعجم الوجيز – ص ٣٨٣). ويمكن القول أن الضمان يتضمن وعد وواجب، وعد بالوقوف إلى جانب المضمون إذا تعرض له شخص من الغير، وواجب بمساعدته فعلاً حيث ينازعه الغير فى تمتعه بحقه.

نقل الحق وتعويضه إذا أفلح الغير فى منازعته [١]، فكل من تصرف فى حق يجب أن يضمنه لمن اكتسبه[٢] هذا هو الضمان الموضوعى أو الضمان الشكلى – حسب تسمية المشرع الفرنسى فى المادتين ٣٣٤، ٣٣٦ من قانون المرافعات – حيث يكون فيه طالب الضمان – أو المضمون – موجوداً فى الخصومة، بسبب أنه يحوز مالاً ينازعه فيه شخص من الغير (المادة٣٣٤).

والالتزام بالضمان العينى أو الشكلى يجد أساسه فى ضمان التعرض والاستحقاق–وهى أوضح صور الضمان الشكلى–لدى أغلب الفقهاء [٣]

---

(١) أنظر محمد محمود ابراهيم – النظرية العامة للطلبات العارضة – ص ٤٧٣. وأيضاً أبو هيف -٢- ص ٧٣١، ومحمد حامد فهمى – المرافعات – ١٩٤٨ – جزء ٢ – ص ١١٤ – رقم ١٣٤. وأنظر بالتفصيل جارسونيه وسيزار برى – الشرح – جزء ٣ – طعن ٣- ١٩١٣ – ص ١٩٩ وما بعدها.

(٢) أنظر كريميو – الوجيز فى المرافعات – ١٩٢٤ – ص ٣١٧. وكذلك لابورد لاكوست – المرافعات – طبعة ٢ – ١٩٣٩ – ص ٤٠٨. وأيضاً سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص – جزء ٣ – ١٩٩١ – ص ٩١٨ رقم ١٠٨٢.

(٣) هناك من يقيم الالتزام بالضمان على فكرة السبب – أى السبب الموضوعى المجرد الذى هو ركن العقد، فتخلف السبب هو الذى يبرر قيام الضمان، فسبب التزام المشترى بدفع الثمن هو قصده الحصول على شئ من البائع يستطيع أن ينتفع به انتفاعاً هادئاً ومستمراً فإذا لم يتحقق له هذا القصد باستحقاق المبيع للغير كلياً أو جزئياً حق له أن يطالب البائع تنفيذ التزامه بالضمان. بينما يرجع البعض الآخر الضمان إلى القواعد العامة فى تنفيذ العقد، فالأصل هو تنفيذ الالتزام العقدى تنفيذاً عينياً، سواء تم هذا التنفيذ العينى اختيارياً أو جبراً على المدين، فإذا استحال هذا التنفيذ العينى بسبب راجع إلى المدين قامت المسئولية العقدية، وهى تهدف إلى تعويض الدائن عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ. ويربط البعض من هؤلاء الشراح الضمان بالالتزام بنقل الملكية – نقل الملكية هو جوهر عقد البيع – إذا لم يستفد المشترى من حق الملكية وعن طريق حيازته للشئ المباع فإن ذلك يجيز له الالتجاء إلى ضمان الاستحقاق، أما البعض الآخر فيربط الالتزام بالضمان بالالتزام بالتسليم – فالضمان يعتبر امتداداً للالتزام بالتسليم وهذا الالتزام لا يعتبر قد تم تنفيذه إذا وقع للمستلم تعرض أو استحقاق أو اتضح أن الشئ المسلم معيب بعيب خفى، فالالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان هما فى الواقع صورتان للالتزام بتمكين المستلم من الانتفاع بالشئ. ومعنى ذلك الالتزام بالتسليم يصبح عديم الفائدة إذا لم يكن يتضمن تكملته الطبيعية واللازمة وهى الالتزام بالضمان (أنظر بالتفصيل – جاسم ناصر – ص ٢٠ وما بعدها). وأنظر الضمان الشكلى أو العينى بالتفصيل لدى سوليس وبيرو–جزء٣– ص ٩٢٧ وبعدها– رقم ١٠٩٥ وما يليها.

فى المسئولية العقدية، فأحكام المسئولية العقدية تستغرق نظام الضمان بحيث أنه لقيام الضمان لابد أن يثبت خطأ فى جانب المدين وفقاً للقاعدة التقليدية التى تقضى بألا مسئولية بلا خطأ، وهذا الخطأ يتمثل فى تكلف المدين بالعهد الذى قطعه فى العقد على نفسه وهو تمكين المتعاقد - الدائن - من حيازة العين والانتفاع بها انتفاعاً هادئاً. فمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه يعد خطأ ناتجاً عن الاخلال بالتزامه الذى تعهد به عند التعاقد. والتزام المدنى هنا له مظهران : فى أولهما يكون التزاماً سلبياً تجاه المتعاقد الآخر ونسبتين ذلك فى ضمانه لتعرضه الشخص، وهذا الالتزام يستقر فى ذمته من وقت التعاقد. أما المظهر الايجابى لالتزام المدين فأساسه حسن النية فى تعامله مع المتعاقد معه، إذ يجب عليه عند العقد اخطار المتعاقد معه بكل الحقوق غير الظاهرة على الشئ المبيع وكل اعباء أخرى غير ظاهرة. ومن مظهره الايجابى أيضاً أن يقوم - المدين - بالعمل على دفع ادعاءات الغير فإذا فشل فى ذلك كان عليه التزام إيجابى آخر وهو تعويض دائنه وفقاً لأحكام الغرض القانونى أو الاتفاقى. فالالتزام بالضمان هو التزام ناشئ عن العقد، وهو أيضاً التزام مستقل عن الالتزام بالتسليم والاتزام بنقل الملكية.

هذا هو الضمان الشكلى، الذى ينظمه القانون المدنى. وبجانب هذا النوع، يوجد نوع آخر للضمان الاجرائى - الذى ينظمه قانون المرافعات، وهو ما اسماه المشرع الفرنسى بالضمان بالضمان البسيط أو الشخصى -(المادتين٣٣٤، ٣٣٥ مرافعات) حيث يكون طالب الضمان أو المضمون -ملتزماً بالتزام شخصى أمام الغير، وهو يشمل كل حالة تكون فيها لشخص أن يرجع على آخر بسبب مطالبة الغير أو منازعة الغير له، فالطلب الأصلى للغير فى مواجهة طالب الضمان يستند إلى حق شخصى، كرجوع الكفيل على المدين الأصلى إذا طالب الدائن الكفيل، ورجوع المدين المتضامن على المدينين الآخرين بالزام كل منهم بنصيبه فى الدين الذى قام هو بدفعه

للدائن [١]، ورجوع المسئول مدنياً عن فعل الغير على مرتكب الفعل الضار[٢]، ورجوع أحد الخصوم بالتعويض على المحضر المتسبب فى بطلان ورقة من أوراق المحضرين إذا تمسك خصمه ببطلانها [٣]، ورجوع بائع ثانى على البائع له بطلب فسخ البيع الثانى لعدم تسليم العين المبيعة [٤]، وتعتبر كذلك شركات التأمين ضامنة لأخطار معينة، وتأخذ حكم الضامن فى هذا المجال، فيمكن للمؤمن له أن يرجع على شركة التأمين، فهذا الحق ينشئ بمقتضى عقد التأمين [٥].

وطالما أنه فى الضمان الشخصى يكون الغرض من اختصام الضامن - فى الدعوى الناشئة بين المضمون والغير - هو أن يحكم للمضمون على الضامن برد ما يجب أن يدفعه عنه، فإنه لا يجوز للضامن أن يحل محل

---

(١) أنظر محمد ابراهيم - النظرية العامة للطلبات العارضة - ص ٤٧٣. وأنظر موريل - الشرح - ص ٣٠٨ وما بعدها - رقم ٣٧٩ وما بعدها. وكذلك سوليس وبيرو -جزء ٣- ص ٩٢٥-٩٢٧ أرقام ١٠٩١-١٠٩٣.

(٢) مسئولية المتبوع عن اعمال تابعة غير المشروعة هى مسئولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وهى تقوم على فكرة الضمان القانونى، فالمتبوع يعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإنه للمتبوع الحق فى أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفى به من التعويض للمضرور، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذى كفله لأنه مسئول عنه وليس مسئولاً معه (نقض ١٩٦٩/١/٣٠ - طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة النقض السنة ٢٠ - عدد ١ - ص ٢٠٥).

(٣) أبو الوفا - المرافعات - ١٩٩٠ - ص ٢١٣.

(٤) أنظر رمزى سيف - الوسيط - ص ٣٦٤. وأنظر بالتفصيل جلاسون وتيسييه - الشرح - جزء ١ - ص ٦٤٣ وما بعدها - رقم ٢٥٢.

(٥) أنظر نقض ١٩٧٧/٣/٧ - طعن رقم ٣٣ لسنة ٤٤ ق - مجموعة النقض السنة ٢٨ - جزء ١ - ص ٦٣٢.

المضمون فى الدعوى كما لا يجوز للمضمون أن يطلب اخراجه منها، إذ أن المضمون يقع عليه التزام شخصى فى مواجهة الخصم الأخر فى الدعوى الأصلية. أما فى الضمان الشكلى فلا يوجد التزام شخصى يثقل المضمون قبل الخصم الآخر، لذلك فإن له أن يطلب اخراجه من الدعوى الأصلية واحلال الضامن محله فيها (١).

١٩ - ادخال الضامن فى الدعوى الطريقة المثلى للضمان :

يمكن الرجوع على الضامن أما بدعوى ضمان أصلية، أو بدعوى ضمان فرعية : فإذا رفع شخص دعوى على المشترى مدعياً ملكية الشئ المبيع، وانتظر المشترى حتى يصدر حكم عليه لصالح المدعى، ثم يرفع دعوى الضمان الأصلية على البائع لتعويضه، فإن رجوعه هنا بالضمان يكون بدعوى أصلية، فهى دعوى يرفعها طالب الضمان - أو المضمون - على الضامن بعد انتهاء النزاع فى الدعوى الأصلية مع الغير، وترفع هذه الدعوى بالطرق المعتادة لرفع الدعاوى أمام المحكمة المختصة بها وفقاً للقواعد العامة، وذلك بعد انتهاء منازعة الغير مع طالب الضمان.

على أن لطالب الضمان أن يرفع دعوى الضمان على الضامن بطلب عارض، فحينما ترفع الدعوى على المضمون فإن ان يختصم فيها الضامن من أجل الزامه بالضمان، فإذا رفع شخص من الغير دعوى على المشترى باستحقاق العين المبيعة فإن المشترى - المضمون - يدخل البائع له - الضامن - فى الدعوى، وهو ما يسمى بدعوى الضمان الفرعية، وذلك حتى يتوقى المضمون خطر خسارة الدعوى الأصلية المرفوعة عليه، وتلك

---

(١) أنظر أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ص ٦٠، ٦١ رقم ٥٦ وبعدها.

الدعوى ترفع دائماً أمام المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية[1] (المادة ١١٩ مرافعات) وذلك بصحيفة تودع قلم كتاب تلك المحكمة، ثم تعلن تلك الصحيفة للضامن، ولا يجوز رفعها بصورة شفوية – على ما أوضحنا بصدد اجراءات اختصام الغير.

فالمضمون بالخيار بين الضمان الأصلى والضمان الفرعى أو العارض، فإن شاء بادر بادخال ضامنه فى الدعوى المرفوعة عليه من الغير، وان شاء انتظر إلى ما بعد الفصل فى هذه الدعوى ثم الرجوع على الضامن بصورة

---

(١) إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة إلى المحكمة الابتدائية فتكون هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما تكن قيمتها. أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة إلى محكمة المواد الجزئية فلا تختص هذه المحكمة بطلب الضمان إذا كانت قيمته متجاوزة نصاب اختصاصها، وتفصل فى الدعوى الأصلية وحدها، إنما إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المادة ٤٦ (أنظر نقض ١٩٥٣/١٢/٣ – مجموعة النقض فى ٢٥ سنة – الجزء الأول – ص ٦٢٦– رقم ٢٦ – الدناصورى وعكاز – التعليق – الطبعة ٧ – ١٩٩٢ – المادة ٤٦ – ص ٢٥٨ – رقم ٢). أما بالنسبة للاختصاص المحلى، فالأصل أنه لا تراعى قواعد الاختصاص المحلى بالنسبة لدعوى الضمان الفرعية، فلا يلزم ان ترفع إلى محكمة الضامن بل هى ترفع أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الأصلية ولو لم تكن هى المختصة محلياً بالنسبة للضامن. ومع ذلك يجوز للضامن ان يتمسك بعدم الاختصاص المحلى إذا أثبت ان الدعوى الاصلية لم ترفع عليه إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته المختصة أصلاً اختصاصاً محلياً «المادة ٦٠». كأن يرفع مشترى منقولات دعوى على الوسيط الذى تم البيع بواسطته بعقد فسخ عقد البيع، فيطلب الوسيط ادخال البائع ضامناً، فإذا ثبت أن الوسيط لا شأن له بالنزاع، وإنما رفعت الدعوى عليه بقصد جلبه البائع أمام محكمة غير محكمته، فللأخير أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة اختصاصاً محلياً (أنظر أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٤، نبيل عمر – ص ٥٦١، ٥٦٢). وأنظر بالتفصيل امتداد ولاية محكمة الدعوى الأصلية إلى دعوى الضمان الفرعية – أحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ١٣٦ وبعدها رقم ١٣١ وما يليها.

أصلية، لتعويضه. على أن الأفضل للمضمون أن يحتمى بطريق الضمان الفرعى – أو العارض – بادخال أو اختصام الضامن فى الدعوى الأصلية، لأن جمع دعوى الضمان مع الدعوى الأصلية يعطى للخصومة وحدتها وبعدها الحقيقى(1)، إذ يتم – برفع دعوى الضمان الفرعية – طرح موضوع النزاع من البداية، من كافة جوانبه، وبين كافة اطرافه، مما يساعد المحكمة على الفصل فى النزاع المطروح عليها بصورة شاملة وعلى أفضل وجه، فوجود البائع فى دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشترى يؤدى إلى توضيح حدود وأبعاد النزاع وحقيقة الادعاء الذى يزعمه الغير ومدى جدية ادعاؤه.

كذلك فإنه بإدخال الضامن يستفيد المضمون من وسائل الدفاع التى تكون عند الضامن فى تأييد حقه قبل الغير، مما يؤدى إلى تفادى الحكم عليه فى الدعوى الأصلية (2)، وهى طريقة وقائية أفضل بكثير من الانتظار لحين خسارة الدعوى أصلية ثم الرجوع على الضامن بالضمان الأصلى، إذ أنه قد يتعرض فى هذه الحالة لخطر سقوط حقه فى الضمان، وذلك إذا اثبت الضامن عند الرجوع عليه بدعوى ضمان أصلية أنه كان فى امكانه دفع الدعوى الأصلية مع الغير لو أنه أدخل فيها (3).

أيضاً فإن ادخال الضامن يؤدى إلى الاقتصاد فى الاجراءات والوقت،

---

(1) نبيل عمر – الاصول – ص ٥٦٠. وأنظر أيضاً سوليس وبيرو – جزء ٣ – ١٩٩١ – ص ٩١٩، ٩٢٠ رقم ١٠٨٣.

(2) أنظر وجدى راغب – ص ٤٩٥، أبو الوفا – ص ٢١٣، فتحى والى – ص ٣٢٩، وأنظر العشماوى – قواعد المرافعات – ١٩٥٨–٢–ص٣٦٢، ٣٦٣. وأنظر بالتفصيل أحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية ١٩٩٣ – ص ١٥ وبعدها. وأيضاً أنظر رمزى سيف – الوسيط – طبعة ٨ – ص ٣٦٦ رقم ٣١٤.

(3) محمد ابراهيم – الطلبات العارضة – ص ٤٧٥، أحمد صاوى – ص ٢٠٤.

ذلك أنه إذا فرض أن خسر المضمون الدعوى الأصلية، رغم اختصام الضامن فيها، فإنه يمكنه الحصول فى نفس الوقت على حكم بالتعويض قبل الضامن، مع الحكم الصادر فى هذه الدعوى، دون حاجة إلى دعوى جديدة يرفعها للرجوع على الضامن [1]، ففى نفس الوقت الذى يلتزم فيه المضمون تجاه المدعى - الغير - الذى كسب الدعوى، فإن الضامن يلزم تجاه المضمون بتعويضه، ويصبح الحكم الصادر على المضمون سنداً تنفيذياً له تجاه الضامن.

لكل هذا، بجانب أن ادخال الضامن فى الدعوى الأصلية يؤدى إلى تبصير المحكمة وتنوير طريق الحكم أمامها بكافة مشتقات وفروع المسألة المثارة وبالحجج والأسانيد التى يطرحها الخصوم مما يمثل فى النهاية ضمانة لأن يصدر الحكم أقرب ما يكون إلى الصواب، ومما يجنبنا احتمال تناقض الاحكام [2]، وبالإضافة إلى أن اختصام الضامن يتيح للمضمون أن يطلب

---

(١) أنظر وجدى راغب - ص ٤٩٥، وأحمد صاوى - ص ٢٠٤. وتعم الفائدة كذلك فتشمل المدعى فى الدعوى الأصلية، فإذا حكم على الضامن بموجبات الضمان للمدعى عليه - المضمون - فإن المدعى وقد كسب الدعوى يحتج بهذا الحكم لا فى مواجهة المدعى عليه فقط وإنما فى مواجهة الضامن كذلك، وبذلك يكون محكوماً له بها على كل من المدعى عليه والضامن، رغم أنه قد لا يكون قد وجه طلبات ما إلى الضامن (أحمد مسلم - الاصول - ص٥٨٨، ٥٨٩). وأنظر محمد حامد فهمى - المرافعات - جزء٢ - ١٩٤٨ - ص ١١٦ رقم١٣٦.

(٢) أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ص ١٧ رقم ٩.

على أن لجوء المضمون لاسلوب دعوى الضمان الفرعية قد لا يكون متفقاً تماماً مع مصلحة الضامن (إذ قد يجد نفسه مساقاً إلى محكمة أخرى غير محكمته الأصلية التى وطن نفسه على المثول أمامها بحسب ما تحدده قواعد الاختصاص) أو مصلحة الخصم الأخر فى الدعوى الأصلية (إذ عليه أن يتحمل أرجاء النظر فى الدعوى حتى استكمال الاجراءات واستيفاء المواعيد المتعلقة بادخال الضامن) أحمد زغلول - ص ١٧، ١٨ - وكذلك ص ١٣٧ وبعدها.

اخراجه من الدعوى الأصلية – كما سنوضح تفصيلاً – فإن المضمون يعتبر أسعد حظاً حينما يرجع بالضمان العارض على الضامن، منه إذا رجع عليه بالضمان الأصلى [1].

تلك هى الصورة المثلى لاختصام الضامن «رفع دعوى الضمان الفرعية» وهى تعتبر من أهم صور اختصام الغير بالمعنى الدقيق بناء على طلب الخصوم [2]، فالضامن يعتبر دائماً من الغير بالنسبة للدعوى الأصلية [3]، ويأخذ مركز الخصم بمجرد اختصامه. ولكن يعيب الضمان العارض أو الفرعى أنه يمكن أن يؤدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية، وهو ما تصدى له المشرع وأرسى تنظيماً دقيقاً تفصيلياً تعرض فيه لسلطة الخصوم فى الاختصام ورقابة المحكمة فى هذا الصدد، وهو ما نعرض له الآن.

٢٠- سلطة الخصوم فى اختصام الضامن ومدى رقابة المحكمة عليها :

يمكن للمضمون أن يختصم الضامن، سواء كان المضمون فى مركز المدعى عليه – وهو الأمر الغالب، أو فى موقف المدعى. على اننا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من اختصام الضامن عن طريق الطرف الآخر فى الدعوى الأصلية، فاختصام الضامن ليس قاصراً على المضمون، فإذا لم يقم الأخير

---

(١) أبو هيف – المرافعات – جزء ٢ – ص ٧٣٢ – رقم ١٠٨٣.

(٢) وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٤.

(٣) أما طالب الضمان فهو عادة فى مركز المدعى عليه، على أنه قد يتصور أن يكون طالب الضمان مدعياً، ومثاله المشترى الذى يرفع دعوى على حائز العقار المبيع لستلمه منه، ويختصم البائع فى الدعوى باعتباره ضامناً، فتحى والى – ص ٣٢٩. وأنظر كذلك سوليس وبيرو – القانون القضائى الخاص – جزء ٣- ١٩٩١ – ص ٩٢٠ رقم ١٠٨٥.

باختصامه فإن لخصمه فى الدعوى الأصلية أن يختصمه. فلا يوجد ما يمنع من ذلك، إذ المشرع يتحدث - فى المادة ١١٩ - عن طلب الخصم باختصام الضامن، ولم يقصر الأمر على المضمون. فقد يكون للخصم الآخر مصلحة فى اختصام الضامن، لذلك فإن له أن يختصمه إن لم يفعل المضمون.

ويجب حتى يمكن للخصوم ادخال الضامن، أن يكون هناك ضمان بالمعنى السابق ايضاحه، سواء كان ضامناً شكلياً (عينياً أو موضوعياً) أو بسيطاً (شخصياً أو اجرائياً)، فوجود حق يضمنه شخص من الغير هو المبرر لاختصام هذا الغير فى الدعوى الأصلية [(١)]- ويجب توافر الارتباط بين دعوى الضمان الفرعية (طلب اختصام الضامن) وبين الدعوى الأصلية.

فالارتباط يمثل الاطار العام للطلبات العارضة وهو ضرورى لاختصام الضامن، فيجب أن يوجه المضمون إلى الضامن طلباً يرتبط بالدعوى الأصلية، ويطلب منه الوقوف إلى جانبه للدفاع عنه ضد ذات المدعى حماية لذات الحق المتنازع عليه [(٢)]، فإذا فشل الضامن فإنه يلتزم بتعويض المضمون عن خسارته لتلك الدعوى، وتقدير المحكمة لقيام الارتباط المسوغ بقبول دعوى الضمان هو تقدير موضوعى [(٣)]. على أن الارتباط فى طلبات

---

(١) أنظر نقض ١٩٦٩/١/٣٠ - طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة النقض السنة ٢١ - ص٢٠٥.

(٢) أنظر نقض ١٩٥٤/١/٢١ - طعن رقم ٣٢ لسنة ٢ ق - مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة - جزء أول - ص ٦٥٣ رقم ١٩٦ - محمد ابراهيم - نظرية الطلبات العارضة - ص ٤٩٤ - وكذلك مجلة المحاماة - السنة ٣٥ - ص ١٠٥.

(٣) أنظر نقض ١٩٧٥/٣/٣٠ - طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٤٠ ق، ونقض ١٩٥٤/١/٢١ - طعنان رقما ٣٤٥ لسنة ٢٠ ق، ١٧ لسنة ٢١ ق - لدى أنور طلبه - موسوعة المرافعات - ١٩٩٣ - ص٣٣٥.

الضمان العارض أو الفرعى مفترض بقوة القانون، فالمشرع قدر مقدماً وجود صلة ارتباط بينها وبين الطلب الأصلى [1]. ويشترط كذلك المصلحة لاختصام الضامن، فالمضمون يدخله ليساعده فى الذود عن حقه ودفع الضرر الذى قد يقع عليه من ادعاء الغير.

وطالما أن الضامن يُختصم لمساعدة المضمون، فيجب تمكينه من الدفاع فى الدعوى الأصلية حتى يحقق الاختصام هدفه. فاختصام الضامن يتم بصحيفة تعلن إليه قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية، فإذا حل ميعاد تلك الجلسة قبل اختصامه، أو كان اختصام الضامن قد تم وحددت المحكمة لنظره جلسة متأخرة عن الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية، فإن للمضمون أن يقدم طلباً إلى المحكمة لتأجيل نظر الدعوى الأصلية حتى يتم اختصام الضامن، أى لحين حضوره أمام المحكمة، أو حتى يمكن نظر الدعويين معاً، الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية، أى لضمهما معاً [2].

والقاعدة العامة أن التأجيل مسألة جوازية للمحكمة، التى لها مطلق الحرية فى قبول أو رفض طلب التأجيل [3]- فالمحكمة تمارس سلطتها تجاه

---

(١) وهو ما يعنى سلب سلطة قاضى الموضوع فى هذا الخصوص. وبالتالى لم تكن هناك حاجة للحصول على اذن المحكمة كما هو الأمر بالنسبة للطلبات العارضة المرتبطة بالطلب الأصلى بقوة القانون (المادتين ١٢٤، ١٢٥) إلا أن المشرع غاير فى هذا الحكم بالنسبة لطلبات الضمان الفرعية واشترط اذن المحكمة، ولكنه أوجب على المحكمة هذا الاذن فى حدود المادة ١١٩ (أحمد ماهر زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ص ٩٩).

(٢) أنظر أبو الوفا - المرافعات - ص ٢١٥، ومحمد ابراهيم - ص ٤٧٦، ٤٧٧، ونبيل عمر - الاصول - ص ٥٦١.

(٣) وجدى راغب - ص ٤٩٦، أبو الوفا - ص ٢١٥. وأنظر بالتفصيل أحمد ماهر زغلول - ص١٤٩ وبعدها.

طلب التأجيل - على أن تلك السلطة تتقلص وتلتزم المحكمة بتأجيل الدعوى الأصلية (لحين اختصام الضامن أو لحين أن يحل تاريخ جلسة دعوى الضمان الفرعية لنظر الدعويين معاً) وذلك فى حالتين (بموجب المادة ١١٩ مرافعات) : إذا كان طالب الضمان قد كلف ضامنه بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ اعلانه بالدعوى (أو رفعه لها ان كان هو المدعى) أو من تاريخ قيام السبب الموجب للضمان إذا كان سبباً لاحقاً على رفع الدعوى، والحالة الثانية، إذا لم تكن قد انقضت ثمانية أيام من اعلان طالب الضمان بالدعوى الأصلية (أو رفعه لها ان كان هو المدعى فيها) أو قيام سبب الضمان [(١)]، وبين الجلسة المحددة لنظر الدعوى. وفى الحالتين يجب لالتزام المحكمة بالتأجيل لادخال ضامن أن تكون الدعوى الأصلية مدنية، إذ الدعوى التجارية - ولو رفعت أمام محكمة مدنية - لا تحتمل التأجيل، وذلك مراعاة لطبيعة الدعاوى التجارية وكونها لا تحتمل من حيث المبدأ التأجيل [(٢)].

معنى ذلك أنه حيث يتبين للمحكمة نشاط طالب الضمان وهمته، فإن هذا يدل على جدية اختصامه للضامن، وان الادعاء بالضمان ليس كيدياً أو بهدف المماطلة - فهو قد بادر فور رفع الدعوى عليه - إو فور رفعه لها ان كان مدعياً باختصام الضامن - وقدر المشرع سرعة الاختصام

---

(١) كأن يكون السبب الموجب للضمان هو دفاع المدعى عليه، كما إذا رفع مشترى العقار دعوى على جاره يظالب فيها بتقرير حق ارتفاق على عقاره، فينكر المدعى عليه هذا الحق (أبو الوفا - ص ٢١٥).

(٢) فتحى والى - ص ٣٣٠، وكذلك أنظر وجدى راغب - ص ٤٩٦. وأحمد زغلول - ص١٥٣.

هذه بثمانية أيام فى هاتين الحالتين، وطالما ان الدعوى مدنية، تلتزم المحكمة بالتأجيل، أى ليس لها أن ترفض طلب التأجيل، فإذا رفضت هذا الطلب فإن رفضها يعتبر مخالفة للقانون واخلالاً بحق الدفاع [(١)].

أما بخلاف هاتين الحالتين، حيث لا يكون الخصم - المضمون - قد كلف ضامنه بالخصومة فى الموعد المحدد أو تكون الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية قد حلت قبل أجل الثمانية أيام، فإن المحكمة تستعيد سلطتها، ويصبح التأجيل جوازياً، أى أنه من اطلاقات المحكمة ويدخل فى سلطتها التقديرية [(٢)]. مع مراعاة ان عدم قيام المضمون باختصام الضامن خلال الميعاد المحدد لا يؤدى إلى سقوط حقه فى اختصامه وإنما يؤدى إلى سقوط حقه فى التأجيل، إذ يصبح التأجيل فى هذه الحالة جوازياً للمحكمة [(٣)].

ويتضح لنا من ذلك أن المشرع قد أخضع - بحسب الأصل - طلب الاختصام للضمان لسلطة المحكمة التقديرية، وأعطى لها سلطة مراقبة الخصوم فى ممارسة هذا النوع من الاختصام، وذلك حتى لا يتعسف الخصوم فى الاختصام أو يتخذوه طريقاً لتأجيل نظر الدعوى الأصلية، فجعل التأجيل للإختصام جوازياً للمحكمة حسب الأصل. وهو ما لم يفعله المشرع بصدد الاختصام وفقاً للقاعدة العامة، إذ لم يوضح

---

(١) أنظر أحمد مسلم - الاصول - ص ٥٨٧.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٨/٦/٢٢ - طعن رقم ٨٩٥ لسنة ٤٤ ق - مجموعة النقض السنة ٢٩ - ص١٥٢٦.

(٣) وجدى راغب - ص ٤٩٦.

سلطة المحكمة تجاه هذا الاختصام وإنما ترك الأمر للقواعد العامة، حيث يمكن للخصوم اختصام الغير فى أى وقت حتى لو أدى ذلك إلى تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية، ودون أية رقابة جدية على سلطة الخصوم، على ما أوضحنا آنفاً.

٢١- مركز الضامن المختصم :

يعتبر الضامن هو المدعى عليه فى دعوى الضمان الفرعية، إذ باختصامه يصير طرفاً أصيلاً فى تلك الدعوى، وبالتالى يكون له مركز الخصم بما يترتب على ذلك من سلطات واعباء. فيستطيع أن يقدم كافة الدفوع الخاصة به والمتعلقة بالتزامه بالضمان، وهذا يجعل الحكم الصادر فى دعوى الضمان حجة عليه [١]، فإذا خسر المضمون دعواه فإن الضامن يلتزم بتعويضه بموجب الحكم الصادر فى دعوى الضمان ودون حاجة لاعادة رفع دعوى عليه بذلك. كما يجوز للضامن أن يطعن فى الحكم الصادر فى دعوى الضمان، لأنه طرفاً فيها، فيوجه طعنه إلى طالب الضمان.

أما بالنسبة لمركز الضامن فى الدعوى الأصلية - المرفوعة من الغير على طالب الضمان - فإنه يعتبر طرفاً فى هذه الدعوى. فهو قبل الاختصام من الغير، وفور اختصامه يصير خصماً أو طرفاً فى تلك الدعوى [٢]، حيث

(١) أنظر وجدى راغب - ص ٤٦٨، وفتحى والى - ص ٣٢٢.

(٢) أنظر نبيل عمر - الاصول - - ص ٥٦٢، ٥٦٣.

ويرى البعض ان الضامن باختصامه يعتبر طرفاً تبعياً أو ثانوياً فى الدعوى الاصلية (وجدى راغب - ص ٤٩٨ وقريب من ذلك - أحمد زغلول - ص ١٠٢ وبعدها) على أننا اميل إلى الرأى الذى يذهب إلى أن الشخص الممثل فى الخصومة إما أن يكون طرفاً أصلياً فيها أو ممثلاً لهذا الطرف واما أن يكون من الغير.

يأخذ مركز طالب الضمان فيها - عادة فى مركز المدعى عليه - ولو لم يكن المدعى الأصلى - فى الدعوى الأصلية - قد وجه طلباً للضامن أو كان الضامن لم يبد دفاعاً مستقلاً عن دفاع من يضمنه [1]، ويمكن للضامن، طالما أنه خصماً فى الدعوى الأصلية، أن يتقدم بالدفوع وأوجه الدفاع المتعلقة بالدعوى الأصلية أى أن له حق التمسك بالدفوع المتعلقة بطالب الضمان ولو لم يتمسك بها [2]، كما أنه يستطيع التمسك بالدفوع الخاصة باعتباره خصماً [3]. ويأخذ حكم الضامن ومركزه خلفه العام، دون خلفه الخاص الذى لا يكون مقيداً بالتزامات سلفه [4].

معنى ذلك أن الضامن بدخوله فى الدعوى يصبح طرفاً فى الخصومة الأصلية، أى خصماً فيها، وله بالتالى كافة سلطات الخصم، وإذا صدر الحكم ضده فى الدعوى الأصلية فإن له أن يطعن فى هذا الحكم، سواء فى مواجهة الخصم أو فى مواجهة طالب الضمان [5]، وذلك حتى لو رضى طالب الضمان بهذا الحكم وذلك لتحقق مصلحته بالحكم له على الضامن، ولكن يشترط لذلك ان يكون بين الدعويين، دعوى الضمان الفرعية والدعوى الأصلية، ارتباط وثيق يقتضى أن يتناول الاستئناف المرفوع من الضامن بحث أصل الخصومة، وباستئناف الضامن فى هذه الحالة تطرح الدعوى برمتها، حتى فيما يختص بمدعى الضمان، على المحكمة الاستئنافية [6].

---

(١) نقض ١٩٦٦/١/١٣ - السنة ٢٦ - ص ١٣٥ - فتحى والى - ص ٣٣٢.
(٢) وجدى راغب - ص ٤٩٨. وكذلك أبو هيف - المرافعات - جزء ٢- ص ٧٣٥ رقم ١٠٤٥.
(٣) فتحى والى - ص ٣٣٢.
(٤) جارسونيه وسيزار برى - الشرح - جزء ٣ - طبعة ٣ - ١٩١٣ - ص ٢٠٨ - رقم ٥٨١.
(٥) أنظر فتحى والى - ص ٣٣٢.
(٦) نقض ١٩٤٢/٦/٤ - طعن رقم ٥ لسنة ١٢ ق - مجموعة النقض فى ٢٥ سنة - جزء أول - ص ٦٥٤ رقم ٢٠١ - محمد محمود ابراهيم - الطلبات العارضة - ص ٤٨٤، وكذلك أنظر نقض ١٩٦٦/١/١٣ - السنة ١٧ - عدد ١ - ص ١٣٤.

وإذا صدر الحكم على الضامن، بمسئوليته، فإن هذه المسئولية تقوم تجاه المضمون وتجاه المدعى الأصلى، أى أن الضامن يعد مسئولاً أمام طالب الضمان وكذلك تجاه المدعى الأصلى ولو لم يكن هذا المدعى قد وجه إلى الضامن أى طلب (المادة ١٢١) ذلك أن دعوى الضمان الفرعية إذا كانت ترفع من المضمون ضد الضامن، إلا أنه إذا ضمتها المحكمة إلى الدعوى الأصلية فإن الضامن يعتبر مدعى عليه تجاه المضمون وتجاه المدعى الأصلى.

ولما كان اختصام الضامن يجعله طرفاً فى الدعوى الأصلية، فهو يقف إلى جوار طالب الضمان للدفاع معه، فإن لطالب الضمان أن يطلب اخراجه من تلك الدعوى، وهنا يحل الضامن محله. وهو ما اجازه المشرع المصرى (المادة ١٢١ مرافعات) حيث أوضح أن لطالب الضمان أن يطلب اخراجه من الدعوى - الأصلية - إذا لم يكن مطالباً بالتزام شخصى. وكذلك المشرع الفرنسى، حيث صرح فى (المادة ٣٣٦ مرافعات) بأن لمدعى الضمان فى الضمان الشكلى - أو العينى - أن يطلب دائماً اخراجه من الدعوى وان يحل الضامن محله كطرف أصلى.

فحيث لا يكون طالب الضمان ملتزماً بالتزام شخصى فى الدعوى الأصلية، أى حيث يكون الضمان شكلى (عينى أو موضوعى) فإن له أن يطالب باخراجه من الدعوى الأصلية على أن يحل محله الضامن - كما هو الحال بالنسبة للمشترى الذى ترفع عليه دعوى بملكية المال المبيع فيجوز له أن يطلب اخراجه من دعوى الملكية، بعد اختصام البائع، فالمشترى يخرج من الدعوى الأصلية - التى موضوعها ملكية العين، والتى تعتبر أيضاً موضوع الضمان - فيقف موقف المتفرج وذلك بعد أن ربط بين البائع

ومدعى الاستحقاق بخصومة قضائية وأصبحا بذلك الخصمين الحقيقين بالنسبة للملكية العين [١].

فخروج الضامن من الدعوى الأصلية قاصر على الضمان الشكلى أو العينى -أى ضمان القانون المدنى - دون الضمان البسيط أو الشخصى - أى الضمان الاجرائى حيث أنه يكون مطالباً بالتزام شخصى - كالكفيل الذى ترفع عليه دعوى الدين فيختصم المدين الأصلى أو غيره من الكفلاء المتضامنين. على أن خروج طالب الضمان من الدعوى الأصلية - فى الضمان الشكلى - هو مجرد رخصة له، فقد يفضل البقاء فيها على الأقل من أجل مراقبة دفاع الضامن. كذلك فإن للضامن أو للخصم الأصلى أن يعترض على خروج طالب الضمان، وهو ما أوضحه المشرع الفرنسى صراحة فى المادة ٢/٣٣٦ بأن «للمدعى الأصلى أن يطلب بقاء المضمون فى الدعوى إذا كان فى ذلك حفاظاً لحقوقه»، وإذا وجد القاضى أن اعتراض المدعى الأصلى وجيهاً فإن له أن يرفض طلب الخروج [٢]، ولا يعنى خروج طالب الضمان من الدعوى الأصلية أنه لم يعد طرفاً فيها، وإنما هو يظل ممثلاً فى تلك الدعوى عن طريق الضامن [٣]، وإذا لم يكن المشرع المصرى

(١) أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٥٨٨.

(٢) أنظر فتحى والى - ص ٣٣١. وكذلك عبد الحميد أبو هيف - المرافعات - جزء ٢ - ص ٧٣٨ رقم ١٠٥١. وأحمد ماهر زغلول -ص ١٥٨، ١٥٩ - رقم ٣/١٥٥.

(٣) أنظر وجدى راغب - ص ٤٩٧، وكذلك نبيل عمر - الاصول - ص ٥٦٣، وأحمد مسلم - ص ٥٨٨، وأبو الوفا - المرافعات - ص٢١٦. وأيضاً محمد حامد فهمى - المرافعات -١٩٤٨- جزء ٢ - ص ١٢١ رقم ١٤٣.

وقارن أحمد زغلول ص ١٦٢، ١٦٣ حيث يذهب إلى عدم صلاحية فكرة التمثيل لتبرير ظهور الضامن المدخل فى الدعوى الأصلية واستقلاله بمباشرة اجراءاتها، ويرى أن ظهور الضامن فى الخصومة وانفراده بإجراءاتها يعد اعمالاً لفكرة الحلول الاجرائى، فبخروج المضمون يكون قد تخلى عن السلطات والحقوق المتفرعة عن حق الدعوى للضامن الذى يحل محله فى ممارستها.

قد نص على ذلك صراحة، إلا أن القواعد العامة تقضى بذلك، فهو خصم أصلى شاء أن يجمد موقفه، حتى يتيح الفرصة لمن هو اقدر منه على الدفاع عنه، فيمكن القول أنه «خصم ساكن» فى تلك الدعوى، له أن ينشط فى أى وقت للدفاع عن حقوقه، وهو ما صرح به المشرع الفرنسى، فى المادة ١/٣٣٦ -«المدعى الضمان رغم خروجه من الدعوى كطرف أصلى إلا أنه يبقى فيها للحفاظ على حقوقه» - فهو لا يعتبر بأى حال من الاحوال من الغير، وإنما هو خصم ساكن. فرخصة الخروج من الدعوى لا تحوله إلى شخص من الغير وإنما هى تسمح باعفاءه من بعض الواجبات الاجرائية كعبء الحضور مثلاً، كما تؤدى إلى تفادى الحكم عليه بمصاريف الدعوى فى حالة خسارتها [١]، فيتحمل المصاريف الضامن وحده باعتبار أنه هو الذى تولى وحده الدفاع فى الدعوى الأصلية فأصبح الخصم الوحيد فيها [٢].

وطالما أن مدعى الضمان يبقى طرفاً فى الدعوى الأصلية - التى خرج منها - فإن الحكم الذى يصدر فى تلك الدعوى يكون حجة فى مواجهته ويمكن تنفيذه ضده [٣]، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسى صراحة فى المادة٣٣٧» الحكم الصادر ضد الضامن فى الضمان الشكلى يمكن فى جميع الاحوال أن ينفذ ضد المضمون بشرط أن يكون قد أعلن به.

كذلك الحال بالنسبة للضامن، إذ أنه - بخروج المضمون - يحل محله فى تلك الدعوى الأصلية، ويكون الحكم الصادر فيها حجة عليه أيضاً،

---

(١) أنظر أحمد مسلم - ص ٥٨٨، وجدى راغب - ص ٤٩٧، نبيل عمر - ص ٥٦٣، وكذلك فتحى والى - ص ٣٣١، ولقد نص المشرع الفرنسى فى المادة ٣٣٨، على أن المصروفات لا يرجع بها على المضمون إلا فى حالة اعسار الضامن فى الضمان الشكلى وبشرط أن يكون المضمون قد بقى فى الدعوى، ولو بصورة تبعية.

(٢) أبو الوفا - المرافعات - ص ٢١٦.

(٣) فتحى والى - ص ٣٣١. وكذلك رمزى سيف - الوسيط - طبعة ٨ ص ٣٦٩.

ويمكنه كذلك أن يطعن فيه حتى لو لم يطعن المضمون فى هذا الحكم.
وإذا طعن الضامن فى هذا الحكم فإن المضمون يستفيد من هذا الطعن وذلك إذا اتحد دفاعهما فى تلك الدعوى، وذلك بموجب المادة ٣/٢١٨ [١]، فطالما أن هناك ارتباط وثيق بين الدعوى الأصلية ودعوى الضمان الفرعية وكان الضامن قد دافع فى الدعويين معاً فإن له أن يستأنف الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية [٢]، فإذا استأنفه فإن طالب الضمان يستفيد من هذا الاستئناف، وإذا رفع الطعن على أيهما جاز اختصام الأخر فيه ولو بعد فوات ميعاد الطعن [٣]، فالضمان، مع اتحاد دفاع الضامن والمضمون، يعتبر خروجاً على مبدأ نسبية الطعن. وهذا الاستئناف المرفوع من الضامن عن الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية - لصالح المدعى - يطرح على محكمة الاستئناف الدعويين معاً - الأصلية والفرعية - وذلك للارتباط الوثيق بينهما [٤]، بحيث يكون لمحكمة الاستئناف أن تحكم للمدعى الأصلى على الضامن أو على مدعى الضمان حسبما يتراءى لها من توافر أركان المسئوليتين [٥].

ويراعى أن خروج طالب الضمان انما يقتصر على الدعوى الأصلية،

---

(١) نقض ١٩٧٨/٥/٢ - طعن رقم ٩٤١ لسنة ٤٤ ق - موسوعة المرافعات - أنور طلبه - ١٩٩٣ - ص ٣٣٤ - المادة ١١٩ - استئناف شركة التأمين - الضامن - للحكم الصادر فى الدعوى الأصلية بالزام التابع والمتبوع - طالب الضمان - بالتعويض ، يترتب عليه استعادة طالب التأمين من هذا الاستئناف.

(٢) نقض ١٩٧٨/٥/٢ - سابق الاشارة إليه.

(٣) نقض ١٩٨١/٣/١٨ - مجموعة النقض السنة ٣٢ - جزء أول - ص ٨٦٦ - تعليق الدناصورى وعكاز - طبعة ٨ - جزء ثان - ص ١٤٤ - رقم ٦ - المادة ٢١٨.

(٤) نقض ١٩٧٨/٥/٢ - مشار إليه.

(٥) نقض ١٩٧١/٦/٣ - مجموعة النقض - السنة ٢٢ - ص ٧٢٤.

أما دعوى الضمان فإنه يظل فيها وتكون اجراءاتها فى مركز اجراءات خصومة وقفت ولكنها لم تنقض [1]، فلا يتصور خروج طالب الضمان من دعوى الضمان [2]. فالخروج مقصور فقط بالنسبة للدعوى الأصلية، ويظل طالب الضمان خصماً فى دعوى الضمان ويحكم له بطلباته على الضامن إذا نجح المدعى الأصلى فى دعواه [3]، ومن ثم فإن طالب الضمان يملك فى تلك الحالة استئناف الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية وفى دعوى الضمان [4]. ويأخذ حكم طالب الضمان ويستفيد بمركزه خلفه العام وخلفه الخاص [5].

٢٢- التعسف فى طلب اختصام الضامن، وتوسيع سلطة المحكمة :

باختصام الضامن فى الدعوى الأصلية، يجب على المحكمة أن تقضى فى طلب الضمان وفى الدعوى الأصلية بحكم واحد[6] كلما أمكن ذلك

---

(١) فتحى والى – ص ٣٣١. وكذلك محمد حامد فهمى – المرافعات – جزء ٢ – ١٩٤٨ – ص١٢١.

(٢) وذلك إلا إذا تنازل عنها أو قرر ترك الخصومة بالنسبة لها، ولكن هذا يؤدى إلى خروج الضامن أيضاً من الخصومة كلها (وجدى راغب – ص ٤٩٧، ٤٩٨).

(٣) أبو الوفا – المرافعات – ١٩٩٠ – ص ٢١٦، وكذلك فتحى والى – الوسيط – ١٩٨٦ – ص٣٣١، ٣٣٢.

(٤) أنظر أبو الوفا – ص ٢١٦.

(٥) أنظر جارسونيه وسيزار برى – الشرح – جزء ٣ – طبعة ٣- ١٩١٣ – ص ٢٠٧ – رقم ٥٨١.

(٦) وإذا قضت المحكمة فى الدعوى الأصلية وفى طلب الضمان بحكم واحد، فإن هذا الحكم يجب أن يتكون من شقين بالنسبة لمنطوقه، يتعلق الشق الأول بالدعوى الأصلية بينما يتعلق الشق الثانى بدعوى الضمان الفرعية ويتضمن الزام المدعى عليه فيها وهو الضامن بما قد يحكم به على المدعى فيها وهو طالب الضمان ويلتزم خاسر كل دعوى بمصاريفها (أنور طلبه – موسوعة المرافعات ١٩٩٣ – ص ٣٣٦ المادة ١٢٠).

(المادة ١٢٠)، فشأن طلب اختصام الضامن، كشأن باقى الطلبات العارضة، يجب ألا يؤخر الفصل فى الدعوى الأصلية (المادة ١/١٢٧)، فإذا تبين للمحكمة أن الفصل فى هذا الطلب قد يؤخر الفصل فى الدعوى الأصلية فإنه تستبقيه إلى ما بعد الحكم فى الدعوى الأصلية (المادة ١٢٠ وكذلك المادة ٢/١٢٧) [١]. فالمشرع لم يكتف بالنص العام – نص المادة ١٢٧ – والذى يسرى على كل أنواع الطلبات العارضة ومنها طلب اختصام الضامن، وإنما أورد نصاً خاصاً (المادة ١٢٠) يحمل ذات المفهوم، وهو ما لم يفعله المشرع بصدد طلب الاختصام بناء على القاعدة العامة. ويدل هذا الاهتمام التشريعى على ان المشرع يشدد على القاضى بضرورة ألا يتأخر الفصل فى الدعوى الأصلية بسبب طلب الضمان، وذلك حتى لا يسئ المدعى عليهم ممارسة سلطة اختصام الضامن، لتأخير الفصل فى الدعوى الأصلية أو للمماطلة والكيد للمدعين. فإذا وجدت المحكمة أن من شأن الفصل فى طلب الضمان – مع الدعوى الأصلية، تأخير الفصل فى تلك الدعوى فإنها يجب أن تفصل فى تلك الدعوى أولاً ثم تفصل فى طلب الضمان بعد ذلك (المادة ١٢٠). أى أن المشرع لم يكتف بجعل تأجيل الدعوى الأصلية جوازياً لاختصام الضامن إذا تبين للمحكمة مماطلة أو تباطؤ الضامن (المادة ١١٩)، وإنما أعطى للمحكمة – بعد قبول طلب الاختصام – أن تلتفت عنه إلى حين، حتى تفصل فى الدعوى الأصلية، طالما وجدت ان الفصل فيه قد يؤخر الفصل فى تلك الدعوى.

من ناحية ثانية، إذا تبين للمحكمة أن مدعى الضمان قد تعسف فى استعمال حقه باختصام الضامن، مما أدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى

---

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/٥/١٤ – طعن رقم ١٦٥ لسنة ٣٦ ق – موسوعة المرافعات – لأنور طلبه – ١٩٩٣ – ص ٤١٧.

الأصلية، فإنه يجب ردع هذا التعسف، ومساءلة مدعى الضمان حتى لا يتعسف الخصوم - خاصة المدعى عليهم - أو يتراخو فى استعمال حقوقهم أو ممارسة سلطاتهم بهدف المماطلة وتأخير الفصل فى الدعاوى، مما يلحق الضرر باصحاب الحقوق. لذلك فإن المشرع أعطى للمحكمة - فى المادة ١٢٢ - إذا وجدت ان طلب الضمان لا أساس له مما أدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية، أن تحكم على مدعى الضمان بالتعويضات. فالحكم بالتعويضات أمر جوازى للمحكمة، ولكنه مشروط بأن يكون طلب الضمان لا أساس له بمعنى أن طالب الضمان لم يكن له حق الرجوع بالضمان فى مواجهة الغير الذى تم اختصامه، وذلك بغض النظر عن دوافع طالب الضمان أو القصد من طلب الاختصام [١]. ويجب كذلك أن يكون طلب اختصام الضامن قد أدى إلى تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية (المادة١٢٢) أى أن الطرف الآخر فى الدعوى الأصلية قد أصابه ضرر نتيجة هذا التأخير، فمسئولية مدعى الضمان عن التأخير إنما هى مسئولية تقصيرية ولا تعويض على أساس تلك المسئولية إلا إذا أصاب الشخص ضرر نتيجة الخطأ [٢].

هكذا نجد أن المشرع المصرى، نظم بدقة اختصام الضامن، ووضع له ضوابط دقيقة تفصيلية ولم يكتف بالقواعد العامة، فهو أعطى للمحكمة سلطة الفصل فى الدعوى الأصلية أولاً واستبقاء طلب الضمان البطئ،

---

(١) أنظر ابراهيم النفياوى - مسئولية الخصم عن الاجراءات - ١٩٩١ - ص ٤٣٧.

(٢) أنظر نقض ١٩٦٥/١١/١٦ - مجموعة النقض السنة ١٦ - ص ١٠٧٥.

على أن الحكم بالتعويضات فى هذه الحالة لا يتم تلقائياً ولكنه يحتاج إلى طلب (وجدى راغب - المبادئ - ص ٤٩٧)، ويجب أيضاً على الخصم اثبات الاضرار التى أصابته من جراء تأخير الفصل فى الدعوى الأصلية، ولكنه لا يكلف بأكثر من هذا، إذ أن واقعة الخسارة كافية فى حد ذاتها لنشأة المسئولية (النفياوى - ص ٤٣٧).

وذلك بنص خاص (المادة ١٢٠) ولم يكتف بالنص العام الوارد فى الطلبات العارضة (المادة ١٢٧)، وكرر المشرع نفس الأمر بالنسبة لامكانية مساءلة طالب الضمان المتعسف، بالرجوع عليه بالتعويض، وذلك فى نص خاص (المادة ١٢٢) ولم يكتف بالنص العام فى الدعاوى والدفوع (المادة ١٨٨). وهو ما لم يفعله المشرع بصدد طلب الاختصام وفقاً للقاعدة العامة – فى (المادة ١١٧) ولا يعتبر هذا تكراراً بلا معنى، ولكنه مقصود من المشرع حتى يعطى للمحكمة سلطة مراقبة الخصوم فى حالة اختصام الضامن، ومنعهم من اساءة استخدام تلك السلطة.

من ناحية ثالثة – واصل المشرع مسلكه لسد الباب على المتحايلين أو المماطلين فى حالة تقديم طلب اختصام الضامن، وأوضح صراحة أنه إذا كانت محكمة الطلب الأصلى هى محكمة الطلب العارض، إلا أنه إذا تمثل الطلب العارض فى طلب الضمان فإن محكمة الطلب الأصلى – أى المحكمة المختصة بالدعوى الأصلية – لا تختص بالطلب العارض، أى طلب الضمان، وذلك إذا اثبت الضامن أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد جلبه أمام محكمة غير محكمته (المادة ٦٠)، فكما احتاط المشرع من اساءة استخدام المدعى عليهم لسلطة اختصام الضامن للمماطلة والكيد للخصم، فإنه احتاط أيضاً فسد الباب على الخصوم جميعاً حتى لا يتحايلوا – من خلال اختصام الضامن – على قواعد الاختصاص المحلى، وهى القواعد التى وضعت لرعاية مصلحة المدعى عليه. فإذا كان المدعى يريد رفع دعوى على شخص معين، يقيم بعيداً عنه، فقام برفع الدعوى على شخص آخر، قريباً منه وفى نفس الوقت فإن هذا الشخص البعيد يكون ضامناً لحقه، وبعد رفع الدعوى، قام المدعى عليه – الصورى – باختصام الشخص المعنى أصلاً بالنزاع على أساس أنه ضامن له، فإنه يجب رد هذا التحايل ولا ينعقد الاختصاص فى هذه الحالة للمحكمة القريبة – محكمة المدعى عليه

الصورى، لأن الدعوى الأصلية لم ترفع إلا بقصد التحايل على قواعد الاختصاص، بعقد الاختصاص لمحكمة خلاف محكمة المدعى عليه الحقيقى. وبهذا يكون المشرع قد سد كل أبواب التحايل التى يمكن أن يقصدها الخصوم من خلال نظام اختصام الضامن، حتى أنه ضحى بقاعدة ان محكمة الطلب الأصلى هى محكمة الطلب العارض، فى سبيل رد هذا التحايل.

هكذا نجد أن المشرع عنى عناية فائقة بتنظيم احدى صور اختصام الغير، وهى اختصام الضامن، ونظمها تنظيماً تفصيلياً دقيقاً، حتى يتحقق الهدف المرجو من اختصام الضامن، وهو مسلك محمود إلى حد بعيد، ولكن كان الاحرى بالمشرع أن يهتم بالقاعدة العامة فى اختصام الغير، التى نظمها فى نص وحيد (المادة ١١٧) بصورة غير كافية، فسمح للمتقاضين، خاصة المدعى عليهم، باساءة استخدام سلطة اختصام الغير، على ما عرضنا - مما يربك المحاكم ويؤخر الفصل فى الدعاوى، ويترك القضاة فى حيره أمام سلطات الخصوم، دون أن يقدروا على التصدى لها أو ردع تحايلهم، الأمر الذى يضر فى النهاية بحسن سير العدالة ويؤخر حصول أصحاب الحقوق على حقوقهم، ان لم يهدرها.

لذلك نرى ضرورة ان ينظم المشرع القاعدة العامة الوجه فى اختصام الغير بصورة تفصيلية، مثلما فعل فى اختصام الضامن، وإذا كان اهتمامه بالتنظيم الدقيق لهذه الصورة الأخيرة يرجع إلى أهميتها وشيوعها فى العمل، إلا أن العمل يشهد حالياً مشاكل عديدة بصدد الاختصام وفقاً للقاعدة العامة، تستدعى مثل هذا التنظيم الدقيق. كذلك فإننا نرى أن المشرع يجب أن يمنح المحكمة السلطة فى قبول طلبات الاختصام عامة، سواء وفقاً للقاعدة العامة أو فى حالة اختصام الضامن، بحيث يجب استئذان المحكمة من البداية لاختصام الغير، حتى لا يساء استخدام نظام الاختصام.

الباب الثانى

سلطة المحكمة فى اختصام الغير

«الاختصام القضائى»

٢٣- تمهيد وتقسيم :

لم يكن من السهل قبول فكرة تواجد الغير فى الدعوى ليس بمحض ارادته أو نزولاً على ارادة الخصوم وإنما بناء على سلطة القاضى، ذلك ان الدعوى تسيطر عليها عدة مبادئ أهمها سيادة الخصوم وحياد القاضى. وإذا كان المشرع الحديث قد أعطى للقاضى دوراً إيجابياً فى تسيير الدعوى، بأن أجاز له اختصام شخص من الغير فى الدعوى، إلا أنه مازال متأثراً بالفكرة التقليدية التى تتبلور فى أن الخصومة أمر خاص بالخصوم وحياد القاضى، لذلك نجد أن المشرع وان أجاز اختصام الغير عن طريق القاضى إلا أنه استلزم أن يصدر طلب الاختصام عن أحد الخصوم، لأن المحكمة لا تستطيع أن توجه للغير طلباً لم يقدمه أحد الخصوم وإنما تسطيع توجيه طلبات الخصوم نحو الغير (١).

ولاشك فى أن هذه الأفكار التى مازال المشرع يتقيد بها إنما تضيق من سلطة المحكمة فى تسيير الخصومة للوصول بها إلى ما يتفق وحكم القانون. لذلك فإننا نرى أن نعرض أولاً لدور القاضى فى الخصومة المدنية، من خلال تحليل المبادئ التقليدية التى تتمثل فى سيادة الخصوم وحياد القاضى كى نقف على سلطة القاضى فى الخصومة. وبعد ذلك نعرض لسلطة المحكمة فى اختصام الغير من خلال عرض وتحليل لحالات الاختصام القضائى التى

(١) أنظر وجدى راغب - المبادئ - ص ٥٠٠.

جاء بها المشرع فى كل من مصر وفرنسا، واجراءات الاختصام ومدى وجوب أخذ رأى الخصوم فى الاختصام، وقدرتها على استبعاد أحد الخصوم فى الدعوى، ثم لمدى جواز هذا الاختصام فى الاستئناف وأمام النقض.

لذلك نرى تقسيم هذا الباب إلى فصلين، على النحو التالى :

الفصل الأول : دور القاضى فى الخصومة المدنية.

الفصل الثانى : حدود سلطة المحكمة فى اختصام الغير.

الفصل الأول

«دور القاضى فى الخصومة المدنية»

٢٤- تسيير الخصومة بين سيادة الخصوم وحياد القاضى :

حينما تبدأ الخصومة فإنها يجب أن تستمر وفقاً لما رسمه المشرع، فتتابع اجراءاتها حتى تصل إلى نهايتها الطبيعية. فالخصومة ظاهرة متحركة، تسير فى تتابع منتظم، ويجب ألا تتوقف وإلا زالت. ولكنها لا تسير تلقائياً بقوة دفع ذاتية، وإنما تحتاج الخصومة إلى من يدفعها للسير. وإذا كان لابد من محرك أو مُسيّر، فمن هو؟ (١). نحن فى الخصومة نكون بصدد خصوم، أى أطراف يتنازعون حقاً، وقاض - أى حكم يفصل بينهم مطبقاً القانون. وليس هناك ثالث لهما. ولقد شاع فى البداية ان محرك الخصومة هم الخصوم، وهو ما يعبر عنه بمبدأ سيادة الخصوم، وان دور القاضى انما هو دور سلبى، وما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضى.

فمتى كان الخصوم هم أسياد حقوقهم الموضوعية فإنهم ينبغى أن يكونوا هم أيضاً أسياد حقوقهم (٢)، فهى ملكاً لهم، لهم بدأها والاستمرار

---

(١) أنظر وجدى راغب - دراسات فى مركز الخصم أمام القضاء المدنى - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة ١٨ - ١٩٧٦ - عدد أول - ص ١٧٢، وكذلك محمود هاشم - اعتبار الخصومة كأن لم تكن فى قانون المرافعات - ١٩٨٩ - ص ١٧، ١٨. وأيضاً ابراهيم نجيب سعد- القانونى القضائى الخاص - جزء أول ص ٥٩٤ وبعدها.

(٢) أنظر عيد القصاص - التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة - رسالة - ١٩٩٤ - ص ١١٦.
مبدأ سيادة الخصوم هو البديل العصرى لمبدأ لا يجوز للشخص أن يقتص لنفسه بنفسه، لأنه حينما تم تحريم القصاص الخاص، وكان البديل لقانون العين بالعين والسن بالسن يتمثل فى ايجاد القضاء التابع للدولة ومنح الجميع حقاً من الحقوق العامة هو الحق فى الالتجاء إلى القضاء. ويتم مباشرة هذا الحق عن طريق الدعوى القضائية ويفصل فى النزاع شخص أخر =/=

فيها أو هجرها وتركها، ولا ينظر القاضى إلا ما يصدر عنهم من طلبات فالخصومة تجرى على مشيئتهم إلى نهايتها، وحينما يصدر الحكم فإن لهم الطعن فيه إذا كان قابلاً للطعن كما أن لهم الاكتفاء بمرحلة معينة من مراحل التقاضى وعدم تجديد النزاع (١).

فالخصومة، وفقاً لهذا المبدأ التقليدى، هى آداة لحماية مصالح الخصوم، وهم أقدر من غيرهم على تقديرها (٢)، فهى أداة للمصلحة الخاصة ورهن الارادة الخاصة. ولذا فإن تتباع اجراءات الخصومة يتطلب ارادة الخصوم لإتخاذ الاجراءات الجديدة، لأنهم ادرى بحاجتهم وأقدر على تقدير ملاءمتها لهم (٣)، لذلك فإن الطلب لا يصدر إلا عن الخصوم، فهو لا يصدر بحال عن القاضى.

وفى المقابل، فإن دور القاضى فى الخصومة المدنية يتسم بالسلبية، وهو ما يعبر عنه بمبدأ حياد القاضى. فالأصل فى القاضى المدنى أنه محايد، ففيه تتوافر صفة الغيرية بالنسبة للنزاع، حيث أنه يعمل أوامر القانون ونواهيه على هذا النزاع، فلا يستطيع أن يفصل فى غير ما طرحه الخصوم عليه، ولا

=/= غير الخصوم هو القاضى الذى يتولى قول كلمة القانون فى هذا النزاع. وبناء على ذلك لم يعد للخصم إعمال قانونه الخاص ولكنه احتفظ له بكل سلطات الادعاء والدفاع والاثبات والاستمرار أو عدم الاستمرار فى الخصومة المدنية (نبيل عمر – عدم فعالية الجزاءات الاجرائية – ص ٢٢٠).

(١) أنظر نبيل عمر – عدم فعالية الجزاءات الاجرائية – ص ١٧١، وكذلك أبو الوفا – المرافعات – ١٩٩٠ – ص ٥٩. وأيضاً عزمى عبد الفتاح – أساس الادعاء أمام القضاء المدنى – ١٩٩١ – ص ١٦٠، ١٦١. وأحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ٧٢، ٧٣.

(٢) محمود هاشم – اعتبار الخصومة كأن لم تكن – ص ١٨.

(٣) وجدى راغب – دراسات – ص ١٧٢.

يستطيع أن يضيف من عنده عناصر جديدة إلى ما سبق وطرحه الخصوم، وهو لا يقضى بعلمه الشخصى، أى لا يفصل فيما يعرفه هو شخصياً من وقائع خاصة بالنزاع ولم يطرحها عليه الخصوم [1]، فعلم القاضى هنا يكون

---

(١) نبيل عمر – أصول المرافعات – ص ٥٦٦. وكذلك مؤلفه عدم فعالية الجزاءات الاجرائية – ص ١٧٢. وأنظر عزمى عبد الفتاح – أساس الادعاء – ص ١٦١. وكذلك أحمد السيد صاوى – نطاق رقابة محكمة النقض – ص ١٣٦، ١٣٧.

على ان للقاضى ان يقضى بما يحصله استقاء من خبرته بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها، فذلك لا يعد من قبيل قضاء القاضى بعلمه الشخصى (أنظر نقض ١٩٨١/١١/١٩ – طعن رقم ١٤٧٥ لسنة ٤٨ ق، ونقض ١٩٧٩/٢/١٥ – طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٤٧ ق) «لم يكن بوسع الشخص اقامة دعوى لقطع التقادم من تاريخ الافراج عنه حتى ثورة التصحيح نظراً للظروف العامة المعروفة للجميع عما كانت تجتازه البلاد والشعب فى الفترة السابقة على ١٩٧١/٥/١٥، خوفاً مما كان متبعاً من أساليب القهر والاذلال – لا يعد قضاء بعلم القاضى الشخصى»، ونقض ١٩٨٠/٢/١٣ – طعن رقم ٧٨ لسنة ٤٥ ق «انتهاء الحكم إلى ثبوت الضرر بالمؤجرين لتغيير استعمال العين من مكتبة إلى ورشة هو من قبيل المعلومات العامة المفروض علم الكافة بها»، ونقض ١٩٧٨/٤/١٢ – طعن رقم ٤٩ لسنة ٤٩ ق «تقرير الحكم ان العادة جرت فى حى الزمالك الذى تقع به شقة النزاع على التأجير مفروشاً استناداً إلى قرارات وزير الاسكان يعد قضاءً بما يحصله القاضى إستقاء من خبرته بالشئون العامة المفروض المام الكافة بها ولا يعيب الحكم»، وأيضاً نقض ١٩٤٠/٢/١٥ – طعن رقم ٦٥ لسنة ٩ ق – «ليس من قبيل قضاء القاضى بعلمه أن تقول المحكمة فى حكمها ان ثمن القطن فى السنين المقدم عنها الحساب وهى ١٩٢٠، ١٩٢١، ١٩٢٢ كان ثلاثة أضعاف ثمنه سنة ١٩٣٧، إذ ذلك يعد من قبل التحصيل المستقى من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها»، أنظر أنور طلبه – مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها محكمة النقض منذ انشائها – الجزء السابع ١٩٩٠ – ص ٤٤٠ وما بعدها.

بينما أُخذ على قاضى الموضوع أنه قضى فى حكمه ان كل إمرأة تبلغ ٨٤ عاماً تكون فى حالة عقلية غير متزنة، لأنه فضلاً عن أنه لا يجوز للقاضى أن يعمم فى حكمه على حالات مستقبلية قد لا يتحقق فيها ذلك، فإنه يجب عليه البحث فى حقيقة الحالة المعروضة عليه ولا يقضى فيها بعلمه الشخصى (أنظر أحمد السيد صاوى – نطاق رقابة محكمة النقض – ص ١٣٧) وأنظر دراسة تفصيلية للموضوع لدى نبيل عمر – امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى.

دليلاً فى الخصومة، ولما كان للخصوم حق مناقشته هذا الدليل اقتضى الأمر ان ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً وهذا لا يجوز [١].
فالقاضى يقف من الخصوم فى الخصومة، شاهداً وحكماً ومراقباً لما يتخذونه فيها من أعمال أو تصرفات، للتأكد من مدى مشروعيتها ومدى مطابقتها لما يتطلبه فيها القانون من مقتضيات. ولكن دوره يقف عند هذا الحد، فهو لا يسير الخصومة أو يعجلها إذا توقفت ليفصل فيها [٢]، وهو لا يوجه طلباً ولا يضيف وقائع من عنده، إذ الخصومة ملك الخصوم فقط، أى ان مبدأ سيادة الخصوم يقابله بالضرورة تحجيم لدور القاضى، فلا سيادة له على الخصومة المدنية واقعاً وعملاً [٣]، فشخصية القاضى تكاد تختفى تماماً وليس له دور فى البحث عن الواقع، فالذى يحكم اجراءات الخصومة هو مبدأ المبادرات الخاصة، فالدعوى على هذا النحو مصارعة منظمة بين الخصوم، لهم فيها كل المبادرات وليس للقاضى فيها إلا دوراً سلبياً [٤].

على أن الفكر القانونى لم يقف جامداً ازاء هذه النظرة لسلطة الخصوم ودور القاضى، فلم يعد موقف القاضى سلبياً، كالآلة الميكانيكية التى تقدم إليها مواد القضية ليستخرج منها بعد ذلك حكماً [٥]، وإنما يجب الاعتراف له بدور إيجابى من منطلق النظر فى طبيعة الخصومة المدنية وطبيعتها. فالخصومة وان كانت آداة لحماية المصلحة الخاصة، إلا أنها فى

---

(١) السنهورى – الوسيط – الجزء الثانى – ص ٣٣. وأنظر بالتفصيل نبيل عمر – امتناع القاضى عن القضاء بعلمه الشخصى – ص ١٣٥ وما بعدها.
(٢) محمود هاشم – اعتبار الخصومة كأن لم تكن – ص ١٩.
(٣) نبيل عمر – عدم فعالية الجزاءات الاجرائية – ص ٢٢٣.
(٤) عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – ص ١١٧.
(٥) أنظر ابراهيم سعد – جزء أول – ص ٥٩٥.

ذات الوقت وسيلة لأداء وظيفة عامة، هى وظيفة القضاء، فالخصومة لابد شاغلة لمركز وسط بين القانون الخاص والقانون العام، ولهذا فلا يجب ان تكون ملكاً للخصوم وحدهم، يسيرونها أو لا يسيرونها وفق مشيئتهم وانما لابد أن يكون للقضاء دورفى هذا الخصوص، لا يقف عند الدور السلبى الذى كان يلعبه فى التشريعات القديمة وإنما لابد له من دور أكثر إيجابية، دور فى تسيير الخصومة ووقف الخصوم عند حد معين فى مناقشتهم فيما هم متنازعون عليه، ولا يجب أبداً أن يتوقف سير الخصومة وبالتالى وظيفة القضاء على نشاط الخصوم وفق مشيئتهم [1]، فالدعوى ينظر إليها لا على أنها صراع يفوز فيه الأقوى حجة بل على انها خلاف على حقيقة قانونية يهم المجتمع كله البحث عنها ويتعين على الخصمين أن يتعاونا مع القاضى للوصول إليها [2].

يمكن القول اذن، ان الخصومة المدنية لم تعد خصومة خاصة تتعلق بصفة مطلقة بصالح الخصوم فقط بل أصبح النظر إليها على أنها اصلاح لضرر اجتماعى يلحق بصالح الجماعة، وان كانت بطبيعة الحال لا تعادل فى هذه الخاصة القضية الجنائية التى يبدو فيها الاعتداء على الصالح العام للمجتمع أكثر وضوحاً، فالخصومة المدنية تتفق مع القضية الجنائية فيما يشكلانه من خلل اجتماعى، بل يبدأ القضاء الجنائى فى الغالب بنزاعات خاصة أى بمتعلقات مالية. ومتى كان النزاع المدنى يمثل خللاً اجتماعياً فإن من حق المجتمع – ومن واجبه – أن يضع له نهاية، وتلك هى وظيفة

---

(١) محمود هاشم – اعتبار الخصومة كأن لم تكن – ص ١٩، ٢٠.

(٢) سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – جزء ٥ – الطبعة الخامسة – ١٩٩١ – ص٤١.

وأنظر دراسة تفصيلية للرد على الحجج التقليدية التى يسوقها أنصار مبدأ سلبية القاضى – عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – ص ١٩٨ وما بعدها.

القاضى. ومتى اسندت مهمة حسم النزاع بطريقة نهائية إلى القاضى فإن القانون الاجرائى يجب أن يساعده فى ذلك، عن طريق ما يخوله للقاضى من دور إيجابى [(١)]., وإلا أصبح القاضى فى مركز يصعب التوفيق فيه بين أداء واجباته التى تتطلب السماح له بمدى معين من حرية الحركة وبين الدور السلبى الذى يغل حركته ويقيد منها [(٢)].

معنى ذلك أن دور القاضى فى النزاع المدنى وفى الخصومة المدنية يتجه إلى أن يكون إيجابياً [(٣)]، فحياد القاضى لم يعد معناه ان يقف القاضى من الدعوى المدنية موقفاً سلبياً [(٤)]، وإنما يفسر هذا المبدأ على ان موقف القاضى يجب أن يكون اثناء نظر الدعوى «بين الخصوم» لا مع أحدهم ولا ضده [(٥)]، فالقاضى يقوم بدور فعال فى توجيه وادارة الخصومة المدنية، والمشرع أصبح يعترف له بهذا الدور فى مواضع عديدة من القانونى الاجرائى، مثل الأخذ بمعايير موضوعية مرنة تتسع لمزيد من حرية تقدير القاضى كما هو الحال فى تنظيم المشرع لقواعد البطلان، وحالات النفاذ المعجل [(٦)]، وفيما يتعلق بالاثبات فإن المشرع قد خول القاضى دوراً كبيراً بحيث أصبحت القاعدة أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها باتخاذ أى اجراء من اجراءات الاثبات، فيما عدا الحالات التى ينص فيها القانون صراحة على ضرورة طلب الخصم لهذا الاجراء [(٧)]، كما خول المشرع

---

(١) عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – ص ١٢٦. وأنظر كذلك محمود هاشم – استنفاد ولاية القاضى المدنى – مجلة المحاماة السنة ٦١ – ١٩٨١ – عددان ٥، ٦ – ص٥٥،٥٦.

(٢) أنظر أحمد ماهر زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ٧٣ وبعدها.

(٣) أنظر نبيل عمر – عدم فعالية الجزاءات الاجرائية – ص ٢٢٢.

(٤) أبو الوفا – المرافعات – ص ٦٠.

(٥) أحمد مسلم – الاصول – ص ٣٧٨.

(٦) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٧) عيد القصاص – ص ٢٢٢. وأنظر السنهورى – الوسيط -٢- ص ٣١، ٣٢.

للقاضي – في حالة غياب الخصمين – سلطة الحكم في الدعوى متى كانت صالحة للحكم فيها [1]، وكذلك اعطاه سلطة شطب الدعوى ووسع من تلك السلطة في التعديلات الأخيرة، وأعطاه أيضاً سلطة وقف الدعوى وقفاً جزائياً واعمال الجزاءات المالية والأمر بإعادة إجراء الاعلان بشكل صحيح إذا تحقق عند غياب الخصم من بطلان الاعلان [2]، ووسع المشرع كذلك من سلطة المحكمة تجاه طلب الرد، وأعطى لها سلطة تجاه سحب المستندات من ملف الدعوى، وبجانب كل هذا أعطى المشرع للمحكمة سلطة اختصام من ترى وجوده ضرورياً في الدعوى لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة.

هكذا نجد أن حياد القاضي لم يعد يملي عليه ضرورة الالتزام بالسلبية المطلقة إزاء عناصر النزاع وازاء توجيه وادارة الخصومة المدنية، بل أصبح نوعاً من الحياد الذى يسمح له بدور إيجابي في حدود معينة [3]، هذا الحياد الايجابي يستوجب من القاضي، بوصفه سلطة عامة من سلطات الدولة، انزال حكم القانوني على الدعوى المدنية هي واجراءاتها، أي من حيث الموضوع ومن حيث الاجراءات، فلا محل لأن يسلم للقاضي بارساء حكم القانون على موضوع الدعوى ولا يسلم له بانزال حكم القانون عند السير فيها أو عند تصحيح شكلها أو عند اثباتها [4]، فللقاضي موقف ايجابي في كل هذا.

---

(١) وجدى راغب – دراسات – ص ١٧٤.

(٢) نبيل عمر – امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي – ص ١٣٨، ١٣٩.

(٣) نبيل عمر – امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي – ص ١٤٠.

(٤) أبو الوفا – المرافعات – ص ٦١.

٢٥- السلطة التقديرية للقاضى فى الخصومة :

انتهينا إلى ان للقاضى المدنى دور ايجابى فى تسيير الدعوى، فى التشريعات الحالية، وان من مظاهر هذا الدور قدرته على اختصام الغير. والقاضى حينما يمارس دوره هذا إنما يتمتع بقدر من السلطة التقديرية شأنه فى ذلك شأن أى شخص يمارس سلطة. فكل شخص تسند إليه سلطة إنما يتمتع بقدر من حرية التقدير أثناء ممارسته لتلك السلطة، وان كان مقدار حرية التقدير يختلف من شخص إلى آخر ومن قاض إلى آخر. فمسئولى الادارة العليا فى السلطة التنفيذية يتمتعون بقدر من حرية التقدير يزيد على ما يتمتع به من دونهم من المسئولين فى تلك السلطة ويختلف عما يتمتع به أعضاء البرلمان أو القضاة. كذلك فإن القاضى الادارى يتمتع بقدر من حرية التقدير أعلى مما يتمتع به باقى القضاة. والسلطة التقديرية للقاضى الجنائى أوسع من السلطة التقديرية للقاضى المدنى.

فالقاضى الجنائى يوجه تحقيقه فى الجلسة بالشكل الذى يراه مناسباً وملائماً للوصول إلى الحقيقة والكشف عنها دون أن يتقيد فى ذلك باتباع وسائل معينة للكشف عنها. فطالما ان القاضى الجنائى يجب أن يبنى حكمه على اليقين - لا على الشك - إذ الشك يفسر لصالح المتهم، نظراً لخطورة الجزاء الجنائى، فإنه ينبغى أن يمنح القاضى من السبل والوسائل ما يمكنه من الوصول إلى الحقيقة فى الواقعة المطروحة عليه. لذلك فإن للقاضى الجنائى مطلق الحرية فى تقديره لأدلة الدعوى، له أن يأخذ بها وله أن يطرحها، وذلك بناء على ما يصل إليه من تقدير وليس تحكماً منه، وهو غير ملزم بإبداء أسباب الأخذ بالدليل أو طرحه [1]، ولا يلزم أن يناقش

---

(١) أنظر نقض جنائى فى ١٩٦٨/١/١٥ - مجموعة النقض السنة ١٩ق - ص ١٠، وفى ١٩٦٨/٥/٢٠ السنة ١٩ ق ١١١، وفى ١٩٦٨/٥/٥ السنة ١٩ ق ٢٩، وفى ١٩٦٧/١/٢١ السنة ١٨ ق ٥٠ - نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية فى المواد المدنية - ص ٤٨، ٤٩.

القـاضى كل دليل على حـدة، بل له أن يكون عـقـيـدته من الأدلة فى مجموعها طالما أنها منتجة فى اثبات إقتناعه، ومؤدى ذلك أنه لا يجوز تقييد القاضى فى الحكم بقرائن أو افتراضات قانونية (١).

أما القاضى المدنى، فهو مقيد فى الاثبات بطرق منهجية، وأى دليل يقدمه الخصم فى الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، ويدلى كل برأيه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذى لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به ولا يجوز للمحكمة ان تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة، وذلك حتى لا تبقى الخصومة مجهلة وحتى تتكافأ فرص الخصوم فى الدعوى. وليس للقاضى أن يأتى بأدلة من عنده لم يقدمها الخصوم إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه (٢)، على ما أوضحنا.

على أن القاضى المدنى وهو ينظر فى الدعوى إنما يتمتع بقدر من السلطة التقديرية وذلك عند إعمال نصوص القانون الموضوعى - فى تقدير قيام الإيجاب وتقدير قيام عيوب الارادة وتفسير العقد وتحديد نطاقه وتقدير مدى توافر شروط نظرية الظروف الطارئة وتقدير فكرة الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية (٣)، بالإضافة إلى كون القاضى مشرعاً فعلياً فى تحديد

---

(١) ومع ذلك فقد يفترض المشرع بعض عناصر الجريمة وذلك لصعوبة الاثبات وبالتالى يضع قيداً على حرية القاضى فى تكوين عقيدته. كما أن حرية القاضى الجنائى فى تكوين عقيدته يشترط أن تمارس فى ظل مجموعة من الشروط تهدف إلى ضمان حق المتهم فى الدفاع وضمان منع القاضى من التحكم. أنظر بالتفصيل نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - ص ٤٩ وما بعدها.

(٢) أنظر السنهورى - الوسيط -٢- ص ٣٢، ٣٣.

(٣) أنظر بالتفصيل نبيل عمر - سلطة القاضى التقديرية - ص ٨٢ وما بعدها.

اطار فكرة النظام العام والآداب، فهو يتمتع بسلطة فى تطبيق مختلف نصوص القانون المدنى، أى أنه يمارس نشاطاً ذهنياً فى فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التى تُدخل هذا الواقع فى نطاق قاعدة قانونية معينة، يُقدر أنها هى التى تحكم النزاع المطروع عليه (١).

معنى ذلك ان القاضى المدنى يتمتع بسلطة تقديرية، هذه السلطة تجد أساسها فى ضرورة اعطاء الفعالية لأثر القاعدة القانونية الموضوعية، هذه الفعالية لكى تنطلق وتشبع مصالح الأفراد لابد أن ينطق بها القاضى فى حكم أو عمل قضائى، ولكى يفعل القاضى ذلك لابد من أن يقوم بنشاط ذهنى للتأكد من توافر مقتضيات إعمال هذا الأثر القانونى، ومن عناصر هذا النشاط تقدير صحة الوقائع وكونها منتجة أو غير منتجة، وكونها مطابقة أو غير مطابقة للنموذج التشريعى الكامن فى القاعدة القانونية الموضوعية (٢).

أما فى نطاق قانون المرافعات، فإن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية فى حالات عديدة، حسبما أوضحنا آنفاً. فالمشرع الاجرائى يحدد للقاضى أحياناً متى يعمل ويترك له حرية اختيار العمل، كما فى الجزاءات التى يوقعها على الخصم المهمل، وأحياناً يحدد المشرع للقاضى العمل الذى يجب عليه القيام به ثم يترك له حرية متى يقوم به، وأحياناً أخرى يترك للقاضى تقدير متى وكيف يعمل، فحينما يعرض الخصوم ادعاءاتهم على القاضى، فإن هذا الأخير يقوم بنشاط ذهنى وتقديرى الهدف منه هو تقييم ادعاءات الخصوم مقيداً فى هذا بقواعد القانون الموضوعى والأدلة المقدمة

---

(١) نبيل عمر – ص ٩١.

(٢) أنظر نبيل عمر – ص ٩٥، ٩٦.

إليه كمعايير لهذا التقييم، ويصل القاضى بهذا النشاط إلى تكوين رأى قانونى فى إدعاءات الخصوم، هو الرأى القضائى، فسلطة القاضى التقديرية إنما تستمد من طبيعة ارادته ومن الاهداف التى يرسمها القانون الموضوعى لهذه السلطة [١].

وإذا كان القاضى مقيداً فى مجال وقائع النزاع، إذ لا يستطيع أن يؤسس حكمه إلا على وقائع مطروحة عليه بطريقة قانونية، فإدعاء الوقائع واثباتها يقع على عاتق الخصوم، ونشاط القاضى هنا ينحصر فى اختيار الوقائع المنتجة فى كل النزاع بشرط ألا يتعدى فى بحثه الاطار الذى رسمه الخصوم، وهو يعمل دائماً وفى ذهنه القواعد القانونية المحتملة التطبيق فى هذا النزاع [٢]، إلا أنه فى مجال القانون يتمتع القاضى بقدر أكبر من السلطة، إذ هو ينزل حكم القانون الذى يستجيب موضوعياً لمعطيات النزاع المطروح حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك. فعلى القاضى من تلقاء نفسه أن يتقصى الحكم القانونى الصحيح المنطبق على العلاقة أو الواقعة المطروحة وأن ينزل هذا الحكم عليها [٣]، فالقانون يعد مطروحاً على

---

(١) أنظر نبيل عمر – ص ١٠٣ وما بعدها. وكذلك أنظر وجدى راغب – العمل القضائى – ص ٣٣٠ وما بعدها. وأيضاً عزمى عبد الفتاح – أساس الادعاء – ص ١٦١ وما بعدها.

(٢) أنظر نبيل عمر – ص ١٢٧ وما بعدها. وأنظر كذلك عبد الباسط جميعى – سلطة القاضى الولائية – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة ١١ – ١٩٦٩ – عدد ٢ – ص ٥٧٠، ٥٧١. وأيضاً عزمى عبد الفتاح – ص ١٦٠، ١٦١.

(٣) أنظر نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ – مجموعة النقض السنة ١٥ – ص ٢٥٤، ونقض ١٩٦١/٤/٢ السنة ١٩ – ص ٦٨٩ – وفى ١٩٧١/٤/١٢ السنة ٢٢ – ص ٩١٤، ونقض ١٩٧١/٤/٢٠ السنة ٢٢ – ص ٤٩٥ – عزمى عبد الفتاح أساس الادعاء – ص ١٦٣. وأنظرنبيل عمر – سقوط الحق فى اتخاذ الاجراء – ص ١٢٧ وما بعدها.

المحكمة ولو لم تتناوله بالبحث فعلاً [١]. كذلك فإن للقاضى أن يحل المبدأ القانونى الصحيح محل المبدأ غير الصحيح الذى قد يطرحه الخصوم [٢]، بل يمكن القول أن دور القاضى يتعدى مجرد تطبيق القانون التطبيق الصحيح إلى المساهمة فى انشاء أو تكوين قاعدة قانونية [٣]، وذلك حينما يطبق مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعى (بموجب المادة الأولى من القانون المدنى) [٤]. فيمكن القول أن القاضى يعتبر فى هذه الاحوال بمثابة مشرع فعلى، إذ إجتهاد القاضى يكون هنا بمثابة مصدر أخير للقاعدة القانونية. فالقاضى حين يجلس مجلس القضاء، من المتوقع حيث لا تسعفه القواعد القائمة أن يجتهد رأيه، ويمكنه ابتداع قواعد جديدة [٥].

---

(١) وبالتالى فإن من حق الخصم ان يطعن فى الحكم بالنقض على أساس مخالفته للقانون ولم لم يكن قد نبه محكمة الموضوع إلى وجوب تطبيق تلك القواعد لالتزامها هى باعمال احكامها من تلقاء نفسها (نقض ١٩٧٣/١٢/١١ السنة ٢٤ – ص ١٢٤٣) عزمى عبد الفتاح – ص ١٦٤.

(٢) كأن يستند الخصوم إلى قواعد المسئولية فى القانون الخاص رغم ان الصحيح هو تقرير المسئولية بناء على قواعد القانون العام، أو يستند الخصم إلى قواعد المسئولية التعاقدية رغم ان الصحيح هو تقرير المسئولية بناء على قواعد المسئولية التقصيرية أو العكس (عزمى عبد الفتاح – أساس الادعاء – ص ١٦٤، ١٦٥).

(٣) قارن نبيل عمر – سلطة القاضى التقديرية – ص ١٣٦.

(٤) نشير إلى أن القانون المدنى السويسرى فى مادته الأولى ينص على أنه إذا لم يجد القاضى نصاً ولا عرفاً فإنه يحكم وفق القواعد التى كان يضعها لو أقام نفسه مقام الشارع (انظر ابراهيم شحاته – فى اجتهاد القاضى – مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية – السنة ٤ – ١٩٦٢ – عدد ٢ – ص ٤١٨).

(٥) يستوى فى ذلك أن يكون قاضياً من قضاة القانون المدنى أو من قضاة القانون العام، كما يستوى أن يكون من قضاة القانون الداخلى أو من قضاة القانون الدولى، فالجميع يقتصر دورهم فى الاصل على تطبيق القانون، وابتداع القواعد الجديدة هو استثناء، والخلاف بعد ذلك بينهم هو فى حدود هذا الاستثناء (ابراهيم شحاته – فى اجتهاد القاضى – ص ٤٢٩).

معنى ذلك أن القاضى إنما يتمتع بسلطة تقديرية فى اطار النصوص التى تنظم الخصومات المطروحة عليه، فهو لا يطبق تلك النصوص تطبيقاً ميكانيكياً وإنما هو يقوم بنشاط ذهنى فى فهم الوقائع المطروحة عليه وإنزال حكم القانون عليها من خلال تكوين رأى قانونى يتمتع فيه بجانب تقديرى دائماً. على أن يجعل القاضى تقديره مرتبطاً بالتقاليد المستقرة خاضعاً لمنطق القياس منسجماً وفق نظام موحد، معترفاً بالضرورة الأولية للنظام فى الحياة الاجتماعية [(١)]، فالقاضى ليس مجرد فم القانون أو اللسان الناطق بالقانون بمعنى أن دوره يقتصر على تطبيق النصوص القانونية، كما لا يمكن القول أن القانون هو ما ينطق به القاضى فى نزاع معين، أى أن القواعد القانونية المكتوبة أو العرف المستقر عليه مجرد مصادر يستقى منها القاضى أسس حكمه ولا ترقى إلى مرتبة القانون ذاته الذى يطبقه القاضى بالفعل [(٢)]، ولكن الحقيقة تقع من هذين الرأيين - فالقاضى يطبق النصوص القانونية ولكنه ليس تطبيقاً آلياً وإنما حسبما يراه مناسباً وبما يقدر ملاءمته مع الوقائع المطروحة عليه وفى حدود ما يتمتع به من قدرة على هذا التطبيق، لذلك نجد أن تطبيق النصوص القانونية يختلف من قاضى لآخر.

---

(١) انظر ابراهيم شحاته - فى اجتهاد القاضى - ص ٤٣١.

(٢) كما لا يمكن القول أن الأصل هو الاباحة وان ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه، فذلك ان صدق فى القضايا الجنائية حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص فانه لا يصدق فى كافة القضايا الأخرى، فلا شك ان العلائق الاجتماعية بين الاشخاص المخاطبين باحكام القانون ليست من السهولة بحيث يصبح كل شئ مباحاً ما لم تتوافر قاعدة قانوية تضرب حوله القيود، فقد يرى القاضى نفسه أمام نوع جديد من العلاقات لا تكفى فيه ان يعلن ببساطة ان الأصل هو الاباحة، كما لا تحكمه قاعدة معروفة، وهنا تظهر الحاجة إلى الدور الانشائى للقاضى (أنظر ابراهيم شحاته - فى اجتهاد القاضى - ص ٤١٥ وما بعدها).

نخلص من كل ذلك إلى أن القانون وان كان يصنعه المشرع ويطبقه القاضى، إلا أن دور القاضى لا يقتصر على مجرد التطبيق الجامد، ذلك أن القاضى يتولى فى بعض الحالات انشاء قواعد أو مبادئ قانونية جديدة تجعل تسميته بالمشرع الفعلى حقيقة معبرة عن سلطته فى هذا الصدد. كذلك فإن القاضى وهو يطبق النصوص القانونية إنما يتمتع دائماً بقدر من حرية الحركة، قدر يتمتع فيه بسلطة أثناء هذا التطبيق، هذا القدر من السلطة يسمى بالسلطة التقديرية، حيث يعمل القاضى فكره وينشط ذهنه أثناء ممارسة عمله وذلك لتطبيق القانون على أفضل وجه. والسلطة التقديرية هذه موجودة دائماً طوال ممارسة القاضى لعمله، إذ هى تتعاصر مع سلطته القضائية. وإن كان المشرع أحياناً يضيق من حدودها عامداً وأحياناً أخرى يرخى تلك الحدود لاعطاء قدر أكبر للقاضى فى التقدير وذلك من خلال استعمال عبارات أو كلمات مرنة لا تحمل معنى محدداً، حيث تخفى تلك الكلمات المرنة أو الغامضة وراءها سلطة أوسع للقاضى، ومن الأمثلة على ذلك ما أعطاه المشرع للقاضى من سلطة اختصام الغير «لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة» وهو ما نعرض له الآن.

الفصل الثانى
«حدود سلطة المحكمة فى اختصام الغير»

٢٦ - تمهيد :

أعطى المشرع للمحكمة سلطة اختصام الغير فى الدعوى، ويمكن أن نُطلق على هذا الاختصام «الاختصام القضائى»، ذلك أنه يتم بناء على أمر القاضى، وان كان تنفيذه يتم عن طريق أحد الخصوم. على أننا نرى أن المحكمة يجب أن تستقل بعملية الاختصام كاملة، دون مشاركة الخصوم. ولقد وسع المشرع من دائرة الاختصام القضائى هذه. ونعرض بالتفصيل لحالات الاختصام القضائى، وكيفيته والرقابة على سلطة المحكمة فى الاختصام، مع توضيح هل للمحكمة استبعاد أحد الخصوم من الدعوى، على أن نسبق ذلك كله ببيان أهمية الاختصام القضائى.

٢٧- أهمية اختصام الغير عن طريق المحكمة :

إذا كان المشرع قد منح للخصوم سلطة ادخال الغير الذى كان يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها - فى المادة ١١٧ - وذلك كى يمكن حسم النزاع من كافة جوانبه بدعوى واحدة بدلاً من تعدد الدعاوى - حتى لا يضطر الخصم إلى رفع دعوى جديدة على من لم يختصم لاستصدار حكم جديد يحتج به عليه طالما ان حجية الحكم السابق قاصرة على أطرافه، فإن المشرع وجد أنه، لتحقيق هذا الهدف على أكمل وجه يجب أن يكون هناك رقيب على الخصوم فى ذلك، بحيث أنه إذا بدر منهم اهمالاً مقصود أو غير مقصود أو كان هناك غش أو تواطؤ، فإن هذا الرقيب يتدخل لتصحيح

الوضع، حتى تستكمل الدعوى أشخاصها [1]، وهذا الرقيب هو المحكمة، التى لها أن تختصم أى شخص من الغير - المادة ١١٨ - طالما أن وجوده فى الدعوى مفيداً لحل النزاع على أحسن وجه.

فالمشرع ينظر إلى فكرة اختصام الغير على أنها وسيلة لتحقيق هدف محدد «كى تستكمل الدعوى عناصرها ولردها إلى الوضع الطبيعى الذى كان ينبغى أن تعرض به لولا إهمال الخصوم أو عنتهم» [2]، وجعل ممارسة هذه الوسيلة منوطاً بالخصوم، باعتبار أنهم أصحاب الشأن فى الدعوى، فهم أصحاب الحقوق الموضوعية ومن حقهم تصحيح شكل الدعوى باختصام أى شخص من الغير. ولكن لما كان هذا الهدف لا يقتصر على حماية حقوق الخصوم وإنما يتصل بالصالح العام «تجنب تعدد الدعاوى وتفادى تعارض الأحكام وحماية حقوق الغير»، ولما كان الخصوم قد يتقاعسوا عن ممارسة تلك الوسيلة، مما يحول دون بلوغ هذا الهدف، فإن المشرع تأكيداً منه على أهمية الاختصام وضرورة بلوغه غايته، جعل للمحكمة سلطة إدخال من لم يختصمه الخصوم لتدارك اهمالهم ورد تحايلهم.

فللمحكمة أن تُدخل فى الدعوى أى شخص من الغير، أى أنها تختصمه - تجعله طرفاً فيها - بموجب المادة ١١٨ مرافعات مصرى والمادة٣٣٢ من قانون المرافعات الفرنسى، وهذا يعتبر أوضح صورة على إيجابية دور القاضى، إذ أن دور القاضى فى تلك الحالة يتعدى مجرد الحكم الذى يقف منتظراً فراغ الخصوم من تقارع مزاعمهم وتصارع مصالحهم حتى يعلن قراره، وإنما هو يشاركهم فى البحث عن الحقيقة وإنهاء النزاع

---

(١) أنظر أحمد مسلم - أصول المرافعات - ص ٥٨٣. وكذلك أنور طلبه - موسوعة المرافعات - الجزء الثانى ١٩٩٣ - ص ٣٢٤، ٣٢٥.

(٢) أنظر عبد المنعم الشرقاوى - شرح قانون المرافعات - ١٩٥٠ ص ٣٨٦.

بينهم بصورة شاملة، وعلى نحو يحفظ الحق لصاحبه ويؤدى إلى تحقيق العدالة. فالقاضى هنا يوجه الدعوى ويردها إلى وضعها الطبيعى لانزال حكم القانون الصحيح عليها.

معنى ذلك أن المشرع يرمى إلى إعطاء دور فعال للمحكمة فى مجال اختصام الغير، بتوجيه الدعوى لانهاء النزاع بصورة شاملة وفى أقرب وقت. ولقد حاول المشرع جاهداً الوصول إلى هذا الهدف، وحتى يحقق الاختصام غايته المبتغاه، وذلك من خلال اعطاء المحكمة سلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال، لذلك نجد أنه لم يحدد حالات معينة تستعمل فيها المحكمة سلطتها باختصام الغير، وإنما جاء بعبارة عامة لاطلاق سلطة المحكمة، واستعمل الفاظاً مرنة ليس لها مدلولاً محدداً وإنما تحمل مفاهيم عامة يصعب تحديدها أو تقييدها، خلافاً لما كان يتبعه فى القانون السابق من تحديد حالات معينة للاختصام.

فالمشرع يتيح للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بادخال من ترى ادخاله «لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة» (المادة ١/١١٨ مرافعات مصرى). ونفس هذا المسلك نجده لدى المشرع الفرنسى، الذى نص – فى المادة ٣٣٢ – على أن للقاضى أن يدعو الخصوم لإختصام كل من له مصلحة وكان وجوده ضرورياً لحل النزاع، وهو بذلك يرمى إلى انهاء النزاع على أفضل وجه وبصورة شاملة دون حصر لحالات الاختصام القضائى هذه.

ونعرض الآن بالتحليل لمسلك المشرعين – المصرى والفرنسى – كى نقف على حدود سلطة المحكمة فى اختصام الغير.

٢٨- حالات الاختصام القضائى :

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين - عنصر الواقع من حقائق الحياة فى الجماعة وعنصر المثل الأعلى للعدل الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه [(١)]، فالعدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم فى تكوين جوهرها [(٢)]، أى أن القانون الوضعى ينبغى أن يستلهم فى احكامه مبادئ العدل وأن يتقيد بها فيما يقرره من تكاليف فلا يجاوز حدودها [(٣)]، فالعدل هدف المشرع والقاضى، وهو هدف أذلى يمتد عبر الزمان ولا ينحصر بالمكان، حيث يرمى القانون إلى حفظ حقوق الأفراد والجماعة بقواعد ملزمة

---

(١) حسن كيره - المدخل إلى القانون - الطبعة الخامسة - ص ١٨٠.

(٢) إذ أن حقائق الحياة فى الجماعة لا تكفى لتكوين القاعدة القانونية لأن هذه الحقائق ليست إلا مجرد حقائق واقعية، والقاعدة القانونية هى تكليف بواجب، وليس كل ما هو واقع واجب، من أجل ذلك ينبغى لهذه الحقائق - حتى تصبح واجبة - أى حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية ما أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب، وهذه القيمة تتحدد بعيداً عن كل تجربة أو مشاهدة حسية بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل، فإخضاع الواقع للمثل الأعلى وهو العدل وموافقته عليه يعطيه صفة الواجب أى يجعله قانونياً (حسن كيره - ص ١٥٨، ١٥٩).

(٣) ولكن يحدث كثيراً فى العمل ان يتضمن القانون الوضعى احكاماً طالما تناقض المثل الأعلى للعدل. وهنا تتنازع الأفراد قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التى تفرض طاعة القانون الوضعى، وقوة العقل المعنوية التى تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل. ويرى البعض تغليب قوة العدل على قوة السلطان فيبيح تحدى قوة الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ويتدرج فى ذلك من مجرد العصيان إلى الثورة. ولكن هذا الحل - وان يكن منطقياً تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعى - إلا أن الاعتراف به كحل قانونى قد يبذر بذور الفوضى فى الجماعة، فيتخذه كل فريق آداة لتحقيق أغراضه واهوائه لا لتحقيق العدل فى ذاته - من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث إلى البحث عن حل داخل النظم الوضعية نفسها فيضع أمله فى القضاء وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها (حسن كيره - ص ١٧٩، ١٨٠ - رقم ٩٤).

لها صفة الشمول تساوى بين الناس ويصبح الالتزام بنصوص القانون وسيلة أولية لتحقيق العدالة (1).

والعدل هو الحكم بالحق، أو هو ما قام فى النفوس أنه مستقيم، وهو ضد الجور (2)، فهو احدى الفضائل التى تتلخص فى اعطاء كل واحد حقه أو ما هو واجب له، وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام، إذ بذلك يتساوى كل ذى حق فى المطالبة بحقه واقتضاء ما يجب له (3).

والعدالة مشتقة من العدل، فهى مصدر، وهى تعبر عن الاستقامة على طريق الحق بالاجتناب عما هو محظور (4)، أى تعبر عن شعور غريزى يدفع إلى اختيار أفضل الحلول. فالعدالة هي شعور كامن فى النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحى به الضمير المستنير ويهدف إلى ايتاء كل ذى حق حقه (5)، حيث تعبر العدالة عن مجموعة المبادئ التى يمكن أن تستلهم عن طريق العقل ويوحى بها منطق الاشياء والحكمة من وراء التشريع.

وتعتبر العدالة تحقيقاً للعدل فى حالة خاصة وذلك بتطبيقه على

---

(1) أنظر اسماعيل العمرى – الحق ونظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون – ١٩٨٤ – مكتبة بسام – العراق – ص ٨، ٩.

(2) أنظر لسان العرب لابن منظور – جزء ٤– ص ٢٨٣٨، ٢٨٣٩. وكذلك محيط المحيط لبطرس البستانى – ١٩٧٩ – ص ٥٨١. والمعجم والوجيز لمجمع اللغة العربية – ص ٤٠٩.

(3) وهو فى مجموعة جستينان «حمل النفس على إيتاء كل ذى حق حقه والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار» عبد العزيز فهمى – مدونة جستينان فى الفقه الرومانى – ص ٥ – لدى حسن كيره – ص ١٥٩.

(4) محيط المحيط لبطرس البستانى – ص ٥٨١.

(5) عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – الباب الأول – نظرية القانون – ص ٢٢٦ – رقم١٥٨.

واقعـة معيـنه أو حـالة فردية ليكون الحكم المستمد منها مطابقاً لظروف هذه الحالة [1]. فإذا طبق القاضى فكرة العدل على قضية مطروحة أمامه مراعياً فى ذلك ما يحيط به من ظروف كان الحكم الذى يصدره حكماً عادلاً. فالذى يميز العدالة هو خصوصيتها وتعلقها بحالة فردية خلافاً للعدل الذى لا يحفل إلا بالمبادئ [2]، وهو يتميز بالثبات، بينما فكرة العدالة فكرة مرنة تختلف بحسب ظروف الزمان والمكان.

وتعتبر العدالة مصدراً يستلهم منه المشرع حينما يقوم بوضع القواعد القانونية الموضوعية [3]، فهى من مصادر القانون سواء الداخلى أو الدولى، مصدر احتياطى حيث لا يوجد نص - أو معاهدة - ولا عرف. وهى هدف القضاء، حينما يصدر احكامه مطبقاً لنصوص القانون، فالقضاء هو رمز العدالة أو وسيلة تحقيقها، أو هو يد الله فى أرضه، فما انشئت المحاكم إلا لإعطاء كل ذى حق حقه.

وفى القانون الاجرائى، ترمى العدالة الاجرائية إلى حماية الحق الموضوعى باجراءات فعالة وسليمة تكفل لصاحب الحق اعمال قواعد القانون الموضوعى على نزاعه بشكل سليم ومن خلال اجراءات

---

(١) جينى - طريقة تفسير مصادر القانون الوضعى جزء ٢ - رقم ١٦٣. ونفس المعنى لدى عبد المنعم حجازى وسليمان مرقس وجمال زكى - لدى على نجيده - المدخل إلى القانون - ١٩٩٠ - القاهرة - ص ٢٠١ هامش ١.

(٢) جمال ذكى - مقدمة الدراسات القانونية - ١٩٦٩ - ص ١٣٦ - فقرة ٧٢.

فإذا كانت قاعدة القانون الوضعى تنسج نمطاً واحداً من الاحكام يصلح لمتوسط الاحوال معتدة بما يغلب وقوعه فى الحياة العملية فتهمل بذلك ما قد يلازم هذه الأحوال من خصوصيات وما قد يطرأ عليها من شذوذ، فإن العدالة على النقيض من ذلك تنسج لكل حالة الحكم الذى يتلائم تمام الملائمة مع جزئياتها وتفاصيلها دون اسراف أو تقتير (حسن أحمد بغدادى - ص ٥١ - على نجيده - ص ٢٠١ - هامش ١).

(٣) أنظر نبيل عمر - عدم فعالية الجزاءات الاجرائية - ص ٢٦٣.

صحيحه (١). ولقد أشار المشرع الاجرائى إلى كلمة العدالة صراحة فى بعض المواضع، مثل نص المادة ٤٦ مرافعات التى تحدثت عن الاضرار بحسن سير العدالة الذى يمكن أن ينتج من فصل الطلب العارض عن الطلب الأصلى المعروض على المحكمة الجزئية، وكذلك فى المادة ١١٨.

تلك هى فكرة العدالة التى اعتبرها المشرع المصرى المبرر الأول والرئيسى للاختصام القضائى. ونظراً لمرونة تلك الفكرة فإن سلطة المحكمة فى الاختصام تكون واسعة وغير مقيده بحالات معينة، بل أن الارتكان إلى تلك الفكرة المرنة أمر قصده المشرع ليوسع من مقدار سلطة القاضى ومن حدود قدرته على اختصام الغير، كى تضع المحكمة الدعوى فى اطارها الصحيح. فللقاضى أن يأمر بادخال الغير فى كل الحالات التى يقتضيها حسن آداء العدالة لحسم الجوانب المختلفة المنازعة المعروضة عليه وعدم ترك ذيول لها تسمح بإعادة عرضها مرة أخرى على القضاء بكل ما يثيره ذلك من احتمال تعارض الأحكام وتهاترها (٢)، وفى هذا حماية للغير أو لأحد الخصوم فى الدعوى (٣)، أى تحقيق للعدالة فى الدعوى المطروحة.

أما الفكرة الثانية، أو المبرر الثانى الذى ساقه المشرع المصرى لاختصام الغير عن طريق المحكمة فهو «اظهار الحقيقة» أى ان الاختصام يكون بهدف الوصول إلى الحقيقة فى القضية المعروضة (٤)، والحق ضد الباطل، وحق الأمر أى وجب وثبت ووقع بلا شك، ويطلق الحق على مطابقة الحكم وما يشتمل عليه الحكم على الواقع ومطابقة الواقع له (٥)، والحقيقة هى الشئ الثابت يقيناً (٦)، وهى الهدف الذى يبحث عنه القاضى دائماً ويبغى

---

(١) نبيل عمر - عدم الفعالية - ص ٢٧٢.
(٢) أحمد زغلول - دعوى الضمان الفرعية - ص ٧٦، ٧٧.
(٣) أنظر أبو الوفا - التعليق - طبعة ٥ - ص ٥٢٢. وكذلك ابراهيم نجيب سعد - القانون القضائى الخاص - جزء أول - ص ٦٠١.
(٤) فتحى والى - الوسيط - ص ٣٣٣.
(٥) محيط المحيط لبطرس البستانى - ص ١٨١، ١٨٢. ولسان العرب - ص ٩٣٩، ٩٤٠.
(٦) وحقيقة الشئ خالصة، وحقيقة الأمر يقين شأنه، وحق الأمر حقاً وحقوقاً أى صح وثبت وصدق، والحق هو النصيب الواجب للفرد أو الجماعة، والحقيق بالأمر أى الجدير به (المعجم الوجيز - لمجمع اللغة العربية - ص ١٦٣) وكذلك لسان العرب لابن منظور - ص ٩٤٢، ومحيط المحيط - ص ١٨٢

الوصول إليه، وبحث القاضى عن الحقيقة هو نوع من العدالة بين الخصوم، نظراً لاختلاف الخصوم فى الامكانات المادية والذهنية والاخلاقية، فالقاضى يجب أن يبحث بنفسه عن الحقيقة. على أن القاضى لا يبحث عن الحقيقة المطلقة والا تعرض لفرض عدم امكانية الفصل فى النزاع المعروض عليه، وإنما على القاضى فقط أن يسعى إلى كشف الحقيقة أو الاقتراب منها، وهو ما يقتضى توسيع سلطاته [١]. كذلك يجب على الخصوم مساعدته فى ذلك بقول الحقيقة [٢].

وفى سبيل الوصول إلى الحقيقة فى الدعوى المطروحة على القاضى، إذا رأت المحكمة ان وجود شخص من الغير فى الدعوى من شأنه ان يساعد على ذلك، فإن لها ان تأمر بإدخاله، فمن شأن ذلك الادخال تنوير عقيدة القاضى بالجوانب المختلفة للخصومة المعروضة عليه، وذلك توصلاً إلى إظهار الحقيقة [٣]، وبذلك يجعل المشرع للمحكمة سلطة قوية فى الدعوى، حيث أنها تستكمل ما أغفله أو تغافل عنه الخصوم طالما أن من شأن ذلك الادخال كشف حقيقة الدعوى وتيسير الفصل فيها بصورة شاملة، وصولاً لاعطاء صاحب الحق حقه، سواء أكان خصماً أو شخصاً من الغير.

هكذا نجد أن المشرع المصرى أعطى للقاضى سلطة الأمر بإدخال شخص من الغير فى الدعوى فى أية حالة يرى فيها ضرورة لذلك الادخال، وستر هذه السلطة الواسعة بكلمات مرنة، ليس لها مدلولاً محدداً أو ثابتاً تسع حالات لا تقع تحت حصر، طالما أن المحكمة ترى أن هذا الادخال ضرورياً

---

(١) أنظر عيد القصاص – التزام القاضى باحترام مبدأ المواجهة – ص ١٢٦ وبعدها.

(٢) أنظر دراسة تفصيلية فى واجب الخصوم للكشف عن الحقيقة وجزاء اخلالهم بذلك الواجب – ابراهيم النفياوى – مسئولية الخصم عن الاجراءت – ص ٦٤٩ وما بعدها.

(٣) وهذا الاعتبار التحقيقى (ادخال الغير بأمر القاضى للوصول إلى الحقيقة) كان الاعتبار الأول الذى تم بناء عليه قبول فكرة الاختصام القضائى (أنظر أحمد زغلول – دعوى الضمان الفرعية – ص ٧٥ وبعدها).

«لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة» وذلك ضماناً لفاعلية قرار المحكمة وتوصلاً إلى إظهار الحقيقة [1] مما يحمى حقوق الخصوم والغير.

ولقد كان المشرع ينص فى القانون الملغى- فى المادة ١٤٤ منه - على حالات محددة للمحكمة أن تختصم الغير فيها، وهذه الحالات جميعاً يمكن ادخالها تحت النص الحالى - نص المادة ١١٨ - نظراً لعموميته وشموليته، بل أن هذا النص يتسع لغير هذه الحالات.

وتتمثل تلك الحالات فى اختصام من كان مختصماً فى الدعوى فى مرحلة سابقة، والمقصود بذلك من كان مختصماً فى مرحلة سابقة فى نفس درجة التقاضى، أى من كان خصماً فى دعوى ثم انقضت تلك الدعوى قبل الحكم فى موضوعها لشطبها أو سقوطها أو اعتبارها كأن لم تكن أو بعدم اختصاص المحكمة بنظرها، ثم جدد المدعى الدعوى دون أن يختصم بعض من كان مختصماً فيها قبل هذا الحكم. فهذه الحالة قاصرة على الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى، ولا يمتد إلى حالة ما إذا استأنف شخص الحكم على بعض الخصوم دون البعض الآخر [2]، فليس لمحكمة الدرجة الثانية أن تختصم شخصاً لأنه كان خصماً أمام محكمة الدرجة الأولى، إذ قد يكون حكم محكمة الدرجة الأولى بالنسبة له أصبح نهائياً فإذا أمرت محكمة الدرجة الثانية باختصامه أمامها فإنها تخل بحجية الحكم

---

(١) أحمد زغلول - ص ٧٧.

(٢) أحمد صاوى - شرح قانون المرافعات - ص ٢٠٠، ٢٠١، والمذكرة الايضاحية لقانون المرافعات الملغى، وأيضاً العشماوى - قواعد المرفعات - ٢- ص ٣٥٦. ورمزى سيف - الوسيط - ١٩٦٩ - ص ٣٥٥، ٣٥٦.

بالنسبة له [١]، مع الوضع فى الاعتبار حكم المادة ٢/٢١٨ - التى توجب على محكمة الاستئناف ادخال من كان طرفاً أمام أول درجة إذا كان الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينة أو فى التزام بالتضامن، على ما سنبين لاحقاً.

الحالة الثانية، تتمثل فى أن للمحكمة أن تأمر بإدخال شخص من الغير تربطه بأحد الخصوم فى الدعوى رابطة تضامن أو حق أو التزام لا يقبل التجزئة وذلك إذا كانت الدعوى تتعلق بهذا الحق أو الالتزام [٢]، كما لو رفع دائن دعوى على أحد مدينيه المتضامنين أو الملتزمين بالتزام غير قابل للتجزئة دون أن يختصم الآخر فيها، فللمحكمة أن تأمر باختصام المدين الآخر [٣].

كذلك للمحكمة أن تدخل الوارث مع المدعى أو المدعى عليه إذا كانت الدعوى متعلقة - بالتركة - قبل قسمتها أو بعد قسمتها، كأن تأمر المحكمة باختصام باقى الورثة فى الدعوى المرفوعة من أحد الورثة أو عليه فى مسألة تتعلق بالتركة، أو أن تأمر المحكمة بادخال الشريك على الشيوع مع المدعى أو المدعى عليه إذا تعلقت الدعوى بالشيوع [٤].

---

(١) الدناصورى وعكاز - التعليق - طبعة ٧ - ١٩٩٢ - ص ٥٠٥ - المادة ١١٨. وكذلك عبد المنعم الشرقاوى - شرح المرافعات - ١٩٥٠ - ص ٣٨٦.

(٢) وجدى راغب - المبادئ - ص ٥٠٠، وكذلك العشماوى - قواعد المرافعات -٢- ص ٣٥٧.

(٣) الدناصورى وعكاز - ص ٥٠٥، ورمزى سيف - ص ٣٥٦.

(٤) أحمد صاوى - ص ٢٠١، ورمزى سيف ص ٣٥٦، وكذلك العشماوى -٢- ص ٣٥٧. والشرقاوى - ص ٣٨٧.

أما الحالة الرابعة والأخيرة، التى كان ينص عليها القانون السابق، فهى حالة من قد يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها وذلك إذا بدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم، كأن تأمر المحكمة باختصام المدين فى الدعوى المرفوعة من المشترى أو عليه باستحقاق العقار المبيع [1]. وكما هو الحال حين ترفع دعوى من المضرور ضد المؤمن له فى الدعوى المدنية المرفوعة تبعاً للدعوى الجنائية دون أن تختصم الشركة المؤمنة فيها وحينئذ يحتج على الشركة بهذا الحكم حينما يصدر وينفذ عليها، فشركة التأمين تتضرر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها، لذلك فإن المحكمة تختصمها فى تلك الدعوى [2]. فيشترط لاختصام الغير فى تلك الحالة أن يكون الغير ممن يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها، سواء نشأ الضرر عن الاحتجاج بالحكم عليه أو كان ضرراً فعلياً أى ذلك الضرر الذى يصيب من لم يكن خصماً فى الدعوى رغم أن الحكم لا يعتبر حجة عليه [3]، وأن تتبين المحكمة مما يقدم فى الدعوى وجود دلائل جدية على أن هناك تواطؤ وغش أو تقصير من جانب الخصوم قد يترتب عليه ضرراً بالغير إذا ظل خارجاً عن الخصومة.

---

(١) أحمد صاوى – ص ٢٠١، وكذلك الشرقاوى – شرح المرافعات – ١٩٥٠– ص ٣٨٧.

(٢) أنظر بالتفصيل – أنور طلبه – الموسوعة – الجزء الثانى – ١٩٩٣ – ص ٧٢٧، ٧٢٨.

(٣) وذلك كالضرر الذى يصيب المالك الحقيقى للمنقول من صدور حكم فى الدعوى بملكية هذا المنقول بين شخصين إذا لم يختصم فيها المالك الحقيقى، إذ أن الحكم ولو أنه لا يحتج به على المالك الحقيق إلا أن تنفيذه بتسليم المنقول للمحكوم له قد يضر المالك الحقيق ضرراً فعلياً فقد يتصرف المحكوم له فى العين لشخص حسن النية ويسلمها له فيمتنع على المالك الحقيقى أن يسترد العين من حائزها بحسن نية كما لا يجديه الرجوع على من تصرف فيها إذا كان معسراً (الدناصورى وعكاز – التعليق – ص ٥٠٦).

يمكن القــول، إذن، أن نص المادة ١١٨ الحــالى يشــمل كل هذه الحالات التى كان يتضمنها القانون السابق، فتلك الحالات مجرد أمثلة بارزة للحالات التى ترى المحكمة ادخال خصوم فى الدعوى فيها، كما تسع تلك المادة لحالات أخرى لا يصير الغير فيها خصماً بمعنى الكلمة، وذلك مثلما هو الحال عندما تأمر المحكمة بادخال شخص من الغير فى الدعوى لالزامه بتقديم ورقة تحت يده لازمة لإظهار الحقيقة (١)، فإذا تبين للمحكمة من الوقائع أو المستندات وجود محرر لدى الغير يفيد فى اظهار الحقيقة فإنها تأمر من يشهد له هذا المحرر بادخال الغير لتقديمه، ولا تتقيد المحكمة فى ذلك بالشروط التى يخضع لها الخصوم عند إبداء طلب ادخال شخص لتقديم مستند تحت يده، التى أوضحناها فى القسم الأول. كذلك إذا رفعت دعوى اخلاء لعدم سداد الاجرة وقدم المستأجر مستندات تفيد سداد الاجرة للمالك السابق قبل نفاذ حوالة عقد الايجار فى حقه، فتأمر بإدخال المالك السابق اظهاراً لحقيقة هذا الوفاء وتكلف المستأجر بادخاله. والخصم الذى تأمر المحكمة بادخاله فى هذه الحالة لا يعتبر خصماً حقيقياً وتنقطع صلته بالدعوى فور تنفيذه قرار المحكمة (٢)، على أوضحنا بصدد القاعدة العامة فى الاختصام عن طريق الخصوم.

وقد ترى المحكمة ادخال الغير لمجرد سؤاله عن أمر ما ثم ينتهى الوضع بتوجيه طلب موضوعى إليه من خصم واستجوابه، وهنا يتحول الغير إلى خصم حقيقى فى الدعوى. على أنه لا يقصد من ادخال الغير عن طريق المحكمة ادخاله لمجرد سماع شهادته فى أمر ما، فذلك أمر اجازه ونظمه قانون الاثبات (٣).

---

(١) وجدى راغب – المبادئ – ص ٥٠١.

(٢) موسوعة المرافعات – أنور طلبه – ١٩٩٣ – الجزء الثالث – ص ٣٢٧.

(٣) أنظر أبو الوفا – المرافعات – ١٩٩٠ – ص ٢٢٠، ٢٢١.

هكذا نجد أنه، بموجب نص المادة ١١٨ ، إذا وجد القاضى أن هناك عناصر تنقص الوقائع ويتعين استكمالها وان هذا الاستكمال ضرورى لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة، وان ذلك لن يتم إلا باختصام شخص معين نظراً لما له من علاقة بالمركز القانونى محل الادعاء، فإنه يأمر باختصامه [١]، فالقاضى بقدر ليس فقط مصلحة الخصم فى ادخال الغير وانما احتمال تعارض الاحكام فى القضايا ذات العناصر المشتركة أو ما قد يقدمه الغير لحسن الفصل فى القضية [٢]، وبذلك يفرض المشرع رقابة هامة على أطراف الطلب القضائى، فإذا كانت القاعدة الاساسية أن المحكمة لا تملك تعديل موضوع الطلب القضائى، فإنها أصبحت-بمقتضى المادة ١/١١٨- تملك التحقق من تلقاء نفسها، بل يجب عليها هذا التحقق، من أن الدعوى قد رفعت من جميع أصحاب الشأن أو عليهم، كرفعها من جميع المتضامنين أو عليهم أو رفعها من جميع الورثة أو الشركاء أو عليهم أو رفعها على جميع الملتزمين بالحق، أى أن المحكمة تملك – فى حدود موضوع الطلب القضائى ووقائعه – تصحيح شكله من حيث أطرافه [٣].

ومن تطبيقات الاختصام القضائى، لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، ما تسمح به المادة ٣٣٤ مرافعات، من اختصام المحجوز لديه فى دعوى صحة الحجز، فالمشرع يجيز – فى تلك المادة – للحاجز اختصام المحجوز لديه فى هذه الدعوى حتى يصدر الحكم بصحة الحجز فى مواجهته فلا يثار نزاع

---

(١) نبيل عمر – الاصول – ص ٥٦٧.

(٢) فتحى والى – الوسيط – ص ٢٣٣.

(٣) أنظر أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٧، ٢١٨، ٢٢٢.

بصدد صحة الحجز من جديد. وإذا لم يختصمه الحاجز فإن للمحجوز لديه التدخل فى دعوى صحة الحجز من تلقاء نفسه إذا بدا له وجه للتمسك ببطلان الحجز فى مواجهة خصوم الدعوى الأصليين [1]، وإذا لم يحدث هذا ولا ذاك، فإننا نرى أن للمحكمة أن تختصم المحجوز لديه فى تلك الدعوى إذا وجدت ان ذلك مفيداً لحسن الفصل فى تلك الدعوى، حتى لا يُثار نزاع بصدد صحة الحجز من جديد. وإذا كان المشرع لم ينص على وجوب اختصام المحجوز لديه فى دعوى صحة الحجز، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تختصمه، ذلك ان الاختصام القضائى لا يقتصر على استكمال الخصوم فى حالات التعدد الحتمى [2].

ومن هـذه التطبيقات كذلك، ما يحدث فى دعوى استرداد المنقولات المحجوزة، فهذه الدعوى يجب رفعها على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين (المادة ٣٩٤)، وذلك نظراً لأن دعوى الاسترداد يقصد بها طلب ملكية المنقولات المحجوزة، ولما كان من آثارها وقف بطلان اجراءات الحجز فإنه يتعين رفعها على كل من المدين المحجوز عليه والدائن الحاجز والحاجزين المتدخلين لأن الأول هو صاحب الشأن بصدد ملكية

---

(١) ويترتب على اختصام المحجوز لديه فى دعوى صحة الحجز اعتباره خصماً ذا صفة يحاج بالحكم الذى يصدر فيما يتعلق بصحة اجراءات الحجز ويلتزم بتنفيذه فى هذا الصدد (نقض ١٩٩٣/٣/٨ – طعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥١ ق، ونقض ١٩٨٥/٤/٢٩ – طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٥٠ ق، وفى ١٩٨٤/٦/١١ – طعن رقم ١٠٠٣ لسنة ٤٨ ق، وفى ١٩٨٤/٢/٢٧ – طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق، وفى ١٩٨٣/٣/٧ – طعن رقم ١١٧٣ لسنة ٤٩ ق– التعليق للدناصورى وعكاز – طبعة ٨ – جزء ٢ – ص ٧٩٤، ٤٩٥، ٧٩٦).

(٢) أنظر وجدى راغب – ص ٥٠٠.

المنقـول والباقين هـم أصحاب مصلحة أكيدة فى الابقاء على الحجز. فيجب أن ترفع تلك الدعـوى من البداية على هـؤلاء جميعاً، فإذا رفـعت على بعضهـم فقـط جـاز للمدعى - الغير - اختصام من أغفله قبل قفل باب المرافـعة [1]. وإذا لم يحدث ذلك فإننا نميل إلى أن للمحكمة أن تدخل فى دعوى الاسترداد من أغفل المدعى اختصامه، فذلك ما تسمح به المادة ١١٨، نظراً لعلاقة هذا الشخص - الذى لم يختصم - بموضـوع دعـوى الاسـترداد، ولأنه إذا لم يختـصم فـإن الحكم الصـادر فى دعـوى الاسترداد لا يكون حجة عليه الأمر الذى يثير عقبات أثناء عملية التنفيذ، فتوفيراً للوقت والاجراءات، ولحسم النزاع على أفضل وجه، نرى ان لقاضى التنفيذ أن يأمر باختصام من أغفل المدعى اختصامه، حتى تستكمل الدعوى أشخاصها.

ويصدق هذا القول أيضاً على دعوى الاستحقاق الفرعية، تلك الدعوى التى ترفع من الغير بطلب ابطال اجراءات التنفيذ على عقار مع طلب استحقاق العقار المحجوز عليه [2]، ويجب أن يختصم فيها من يباشر اجراءات التنفيذ والمدين أو الحائز أو الكفيل العينى وأول الدائنين المقيدين (المادة ٤٥٤ مرافعات) وذلك حتى ترتب أثرها الهام وهو وقف اجراءات بيع العقار، فإذا لم ترفع الدعوى على أى من هؤلاء جاز للمدعى اختصامهم حتى قفل

---

(١) على أن عدم اختصام أى من هؤلاء لا يترتب عليه بطلان الدعوى (نقض ١٩٥٩/٣/١٩ - السنة ١٠ - ص ٢٣٢).

وإنما الجزاء هو الحكم باستمرار التنفيذ إذا طلبه الدائن الحاجز (الدناصورى وعكاز - التعليق - ص ٨٥٢ وما بعدها).

(٢) أنظر نقض ١٩٦٢/٦/٢٧ - مجموعة النقض السنة ١٣ - ص ٨٤٩، وكذلك نقض ١٩٦٨/٣/١١ - السنة ١٩ - ص ٥٦٩.

باب المرافعة، فإن لم يحدث ذلك، فإننا نرى أن للمحكمة أن تختصمهم، وذلك تصحيحاً لشكل تلك الدعوى من حيث اطرافها، خاصة وإن اجراءات التنفيذ العقارى تتميز بتشعبها وتعدد أطرافها وكثرة اعتراضاتهم مما ينعكس على فعالية حكم بيع العقار، وهو الأمر الذى يؤثر على حسن الفصل فى الدعوى.

ويمكن القول كذلك أنه يمكن للمحكمة أن تمارس سلطتها فى اختصام الغير، فى اطار المادة ٢١٨، حيث يكون الحكم صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها، أو فى حالة الضمان، فإن الطعن يجب أن يشمل جميع الخصوم الذين كانوا طرفاً فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه، فإذا تخلف بعض هؤلاء الخصوم عن خصومة الطعن - لأنهم فوتوا ميعاد الطعن أو قبلوا الحكم [1]- إذا كانوا محكوماً عليهم، أو لأن الطاعن لم يختصمهم فى طعنه خلال الميعاد - إذا كانوا محكوماً لهم - فإن المحكمة تأمر باختصامهم فى الطعن ولو بعد فوات الميعاد.

فإذا كان هناك نقص فى أشخاص خصومة الطعن [2] فى تلك الاحوال، فإنه يجب تدارك هذا النقص، بإتاحة الفرصة لأصحاب الشأن

---

(١) على أنه يشترط حتى يستفيد الخصم الذى فوت الميعاد أو قبل الحكم من طعن زميله المرفوع فى الميعاد ألا يكون قد طلب ما يخالف ما طلبه الطاعن فى الطعن المنظور أو ما يزيد عليه (نقض ١٩٨٠/٤/٢٣ - طعن رقم ١٠٣ لسنة ٤٩ ق- التعليق - ص ١٤٦- رقم ٥٩، ونقض ١٩٦٣/٣/٢٨ - السنة ١٤ - ص ٣٨١).

(٢) يستوى أن يكون الطعن بالاستئناف أو بالنقض (أنظر نقض ١٩٨٠/٢/٩ - طعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق- التعليق للدناصورى وعكاز - ص ١٤٢ - رقم ٤٦، ونقض ١٩٨٦/٤/٢٤ - طعن رقم ٥٤ لسنة ٥١ ق ورقم ٢٢١٢ لسنة ٥٢ - ص ١٥١ - رقم ٨٣).

أنفسهم أن ينضموا إلى الطعن، أو أن يختصمهم الطاعن ولو بعد فوات الميعاد، فإذا لم يحدث ذلك فإن المحكمة يجب أن تتدخل وتختصمهم لتصحيح شكل الطعن من حيث أطرافه، وذلك لتفادى تعارض الاحكام فى موضوعات لا تحتمل مثل هذا التعارض، ولتوحيد القضاء الصادر فى الخصومة الواحدة وهو أمر يتطلب حسن سير العدالة، فالاختصام هنا واجب على المحكمة المنظور أمامها الطعن، وذلك حتى يستكمل الطعن صورته الجامعة التى لا معدى عنها لصدور حكم واحد فى أمر يتأتى على تعدد الأحكام [(١)]، والمشرع بذلك يغلب موجبات صحة اجراءات الطعن على أسباب بطلانها أو قصورها باعتبار أن الغاية من الاجراءات هى وضعها فى خدمة الحق وذلك بتمكين الصحيح من الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطله، فإذا تم اختصام باقى الاشخاص استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات قبوله [(٢)].

ويمكن القول ان المشرع، بموجب المادة ٢١٨ - التى أوجب فيها على القاضى اختصام من لم يختصمه الطاعن أو من لم يطعن فى الحكم فى الميعاد وإلا كان حكم المحكمة باطلاً - لأن حكم تلك المادة يمثل قاعدة قانونية اجرائية متعلقة بالنظام العام [(٣)]- قد منح القاضى مزيداً من

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٩ طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق - التعليق - ص ١٤٣ - رقم ٥٣.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٠/٢/٩ - طعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق- التعليق - ص ١٤٤ - رقم ٥٦.
وكذلك نقض ١٩٨٢/٥/١٣ - طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٧ ق - ص ١٤٥ - رقم ٥٧.
ونقضض ١٩٨٣/٢/٢٧ - طعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٤٩ ق - ص ١٤٦ - رقم ٦٠.

(٣) نقض ١٩٨٨/١٢/٢٧ - طعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٤ ق، ونقض ١٩٨٧/١٢/١٦ هيئة عامة - الطعنان رقما ٣٠٠، ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق - التعليق للدناصورى وعكاز - ص ١٥٣ - رقم ٩٧، وأنظر كذلك نقض ١٩٩٢/١٢/٣٠ - طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٦٢ ق - التعليق - ص ١٥٧ - رقم ١١١.

الايجابية التى تحقق هيمنته على الدعوى، فلم يقف بالقاضى عند الدور السلبى، تاركاً الدعوى لمناضلة أطرافها يوجهونها حسب هواهم ووفق مصالحهم الخاصة. وإذا امتنع الطاعن عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة – من اختصام الباقين – فإنه يجب على المحكمة – ولو من تلقاء نفسها – أن تقضى بعدم قبول الطعن [1].

تلك هى حالات الاختصام القضائى فى القانون المصرى، ويلفت النظر ان المشرع وسع من سلطة المحكمة فى هذا الاختصام، مضيفاً على دور القاضى ايجابية غير مسبوقة، وموسعاً من سلطته التقديرية، فهو يخول للقاضى القدرة على ادخال أى شخص من الغير فى الدعوى طالما وجد ان ذلك مفيداً، لاظهار الحقيقة أو لمصلحة العدالة، وتلك مصطلحات مرنة تنساب من فكرة القانون الطبيعى، الذى أوضحنا ان القاضى انما يتمتع استناداً إليه بدور انشائى، فحينما يخول المشرع القاضى الاستناد إلى القانون الطبيعى انما يعتبره بمثابة مشرع فعلى. وليس هناك من قيد على سلطة الاختصام القضائى إلا ما تفرضه القواعد العامة من ضرورة توافر شروط قبول الدعوى بصدد من تأمر المحكمة باختصامه، سواء عند رفع الدعوى أو بعد رفعها، ولا تتقيد المحكمة بضرورة أن يكون من يراد اختصامه ممن كان يصح رفع الدعوى عليه، ولا يجب أن يكون الاختصام القضائى فى مصلحة أحد المدعى أو المدعى عليهم أو الغير، وإنما هو يكون لحسن آداء العدالة (استكمال عناصر الخصومة) أو لإظهار الحقيقة (تنوير عقيدة المحكمة). والمحكمة تملك الأمر باختصام من ترى ضرورة اختصامه إلى جانب المدعى أو المدعى عليه أو فى مواجهة الطرفين معاً [2]، ولكن يجب على المحكمة ألا

---

(١) نقض ١٩٨٧/١٢/١٦ – السابق الإشارة إليه.

(٢) أنظر أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٨، ٢١٩، وأنظر نبيل عمر – الاصول – ص ٥٦٧.

تمس موضوع النزاع، ذلك انها لا تملك تعديل موضوع الطلب القضائى. فعن طريق الاختصام يمكن للمحكمة تعديل النطاق الشخصى للخصومة، دون نطاقها الموضوعى، القاصر على الخصوم.

أما المشرع الفرنسى، فإنه أوضح فى المادة ١/٣٣٢ مرافعات، أن للقاضى أن يدعو الخصوم لاختصام كل أصحاب المصلحة الذين يبدو له أن وجودهم ضرورياً لحل النزاع.

ومسلك المشرع الفرنسى هذا قريب من مسلك مشرعنا، إذ أنه لم يحصر الاختصام القضائى فى حالات محددة وإنما اطلقه فى حدود فكرة هامة هى فكرة «حسن الفصل فى النزاع» فللمحكمة أن تختصم أى شخص من غير الخصوم طالما كانت له مصلحة تتصل بالنزاع، ورأت المحكمة أن وجود هذا الشخص ضرورياً للفصل فى هذا النزاع [1]. ومسألة ضرورة وجود شخص من الغير فى الدعوى لحسمها، إنما هى مسألة تقررها المحكمة بما لها من سلطة تقديرية، وهى غير مقيدة فى ذلك بأى قيد محدد، سوى أن توضح المحكمة مدى هذه الضرورة. ولكن ليس للمحكمة استناداً إلى تلك السلطة التى خولتها اياها المادة ٣٣٢ ان تعدل فى موضوع النزاع [2]، ذلك أن المشرع الفرنسى أوضح فى المادة ٤ من قانون المرافعات،

---

(١) أضاف المشرع الفرنسى فى الفقرة الثانية من المادة ٣٣٢ أن القاضى بمكنه، فى الامور الولائية، أن يأمر باختصام الأشخاص الذين قد تتأثر حقوقهم أو تعداتهم بالقرار المحتمل صدوره.

(٢) أنظر نقض مدنى - دائرة ٢ - فى ١٩٨٣/١٠/٥ - جازيت دى باليه ١٩٨٤ - بانوراما - ص ٤٤، وفى المجلة القضائية للقانون المدنى - ١٩٨٤ - ص ٣٥٧ ملاحظات نورمان، وص ٣٦٤ ملاحظات بيرو.

أن موضوع النزاع يتحدد عن طريق الادعاءات الصادرة عن الخصوم [١]، وصرح فى المادة ٥ أن القاضى يجب أن يفصل فى كل ما طلب وفقط فى حدود ما طلب.

معنى ذلك أن المشرع الفرنسى يجيز للمحكمة أن تدخل فى الدعوى أى شخص من الغير يكون له مصلحة فى الدعوى، طالما رأت أن ذلك مفيداً للفصل فى الدعوى. فالقاضى بذلك يعيد تشكيل العنصر الشخصى للدعوى على النحو الصحيح، ويضع الدعوى فى اطارها الشخصى الذى كان يجب أن تكون عليه من البداية، حتى يمكنه الفصل فى النزاع على أفضل وجه. ولكنه يجب أن يتقيد الاطار الموضوعى للدعوى، فلا يقضى بأكثر مما طلب منه ولا يفصل فى الاشياء التى لم يطلبها الخصوم أو يهمل الفصل فى أحد طلباتهم [٢]، مما يعنى أنه لا يجب أن يوجه طلباً إلى الغير الذى اختصمه أو أن يقضى بادانته طالما أن أى من الخصوم لم يطلب ذلك [٣].

---

(١) وأضافت هذه المادة أن هذه الادعاءات تكون محددة عن طريق صحيفة الدعوى ومذكرات الدفاع. ومع ذلك فإن محل النزاع يمكن أن يعدل عن طريق الطلبات العارضة، وذلك عندما تتصل هذه الطلبات بالادعاءات الأصلية برابطة كافية.

(٢) أنظر عرائض ١٩٢٦/١١/١٦ - و ١٩٢٧/٤/٢٣ - سيرى ١٩٢٧ -١- ٣٢١، ونقض اجتماعى ١٩٥٥/٣/١٨ - دالوز ١٩٥٦ - ص ٥١٧، ونقض مدنى - دائرة ١- ١٩٧٨/٥/٣٠ - النشرة المدنية -١- رقم ١٣٣ - ص ١٠٦، ونقض مدنى - دائرة ٢- ١٩٨١/٦/١١ - النشرة المدنية -٢- رقم ١٣٠ - ص ٨٤ - جينشار - قانون المرافعات - طبعة ٨ - ١٩٩٥ - ص ٩، وأنظر ص ٧، ٨.

(٣) نقض مدنى ١٩٨٣/١٠/٥، مشار إليه.

وتبدو سلطة القاضى فى اختصام الغير محدودة من ناحية أخرى، إذ أنه يقتصر - بموجب المادة ١/٣٣٢ - على مجرد دعوة الخصوم لادخال الأشخاص أصحاب المصلحة الذين يبدو له أن وجودهم ضرورياً لحسم النزاع. وتبدو فكرة الدعوة هذه غير معتادة فى الأمور القضائية. ويمكن القول أن المشرع يحاول بهذا النص تشجيع القاضى على القيام بدوره، وذلك بحثه على ألا يتردد فى عرض ما يراه على الخصوم لادخال شخص من الغير. وقد يتردد أو يتجاهل الخصوم هذه الدعوة، خاصة إذا كان أحدهم يعتقد أن له مصلحة فى عدم إدخال الغير. وللقاضى فى هذه الأحوال أن يقضى بالغرامة أو بعدم قبول الطلب الأصلى خاصة إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة. على أنه فى كل حالة لا يمكن للقاضى أن يقضى ضد شخص من الغير، اختصمه من تلقاء نفسه، بإدانة لم يطلبها أى من الخصوم [١].

٢٩- كيفية الاختصام عن طريق المحكمة :

أوضح المشرع المصرى أن «المحكمة تأمر بادخال من ترى ادخاله»، وكذلك أوضح نظيره الفرنسى أن «القاضى يدعو الخصوم لاختصام...» أى أن القاضى لا يُدخل بنفسه الغير فى الدعوى وإنما هو يوجه أمراً بذلك إلى الخصوم، كى يتولى أحدهم اختصامه.

معنى ذلك أن المحكمة لا تختصم بنفسها الغير، كما أن الاختصام لا يتم عن طريق قلم كتاب المحكمة، وإنما الاختصام يتم عن طريق الخصوم،

(١) سوليس وبيرو - القانون القضائى الخاص - جزء ٣ - ١٩٩١ - ص ٩٠٧ - ٩٠٩ رقم١٠٧١.

فالمحكمة تكلف أحدهم باختصام الغير، والمشرع بذلك يشرك الخصوم مع المحكمة فى عملية الاختصام القضائى، فالمحكمة هى التى تقدر مدى ضرورة اختصام الغير ثم تقرر اختصامه بأن تصدر أمراً بذلك، دون أن يقدم أحد الخصوم طلباً إليها بذلك المعنى! فهو اختصام بلا طلب. ولكن تمام عملية الاختصام يحتاج إلى تدخل أو مشاركة الخصوم، فيقوم أحدهم - بناء على أمر المحكمة - بتوجيه طلباً إلى الغير لادخاله الدعوى.

من ذلك نجد أن المشرع خول المحكمة سلطة اصدار أمر الاختصام دون طلب من أحد الخصوم، وفى ذلك اعطاء دور إيجابى للقاضى فى تسيير الدعوى، ومرونة تجاه المبدأ التقليدى الذى يسيطر على الخصومة المدنية وهو مبدأ المطالبة القضائية - ان القاضى لا يفصل فى شئ إلا بناء على طلب ويتقيد بحدود هذا الطلب بمجرد تقديمه، فليس له أن يقضى بما لم يطلب معه أو بأكثر مما طلب. ذلك أن القاضى يقدر - من تلقاء نفسه - ضرورة اختصام شخص من الغير فى الدعوى، ولا يتقيد فى ذلك بطلب من أى من الخصوم. بل أنه يوجه أمراً إلى أحد الخصوم بتنفيذ عملية الاختصام، فيقوم الخصوم بتنفيذ هذا الأمر عن طريق توجيه طلب إلى الغير. فكأن عملية الاختصام القضائى تتم كاملة عن طريق المحكمة، باستثناء مرحلة توجيه طلب إلى الغير المختصم، التى يجب أن تمر عن طريق خصم، الذى يعتبر مجرد وسيلة لتنفيذ أمر الاختصام، فهو لا يملك تقديراً ويجب أن ينفذ أمر المحكمة.

معنى ذلك أن المشرع بعد أن بادر فأعطى القاضى سلطة كبيرة فى

توجيه الدعوى وادارة حركتها بما يحقق مصلحة العدالة واظهار الحقيقة، إلا أنه عاد ولم يكمل تلك المبادرة إلى نهايتها، وألقى بنفسه أسيراً للمبادئ التقليدية، ملتزماً بحرفيتها، وذلك بأن عاد وأنكر على المحكمة سلطة توجيه طلب لاختصام الغير، وأوجب أن يتم ذلك عن طريق الخصوم، متذكراً بذلك مبدأ المطالبة القضائية ومبدأ سيادة الخصوم، بعد أن كان قد خرج من نطاقها في البداية.

لذلك فإننا نميل إلى الاتجاه الحديث فى الفقه المصرى [1]، والذى يرى أنه يجب السير بمبدأ إيجابية دور القاضى المدنى إلى نتيجته المنطقية فى هذا المجال، ألا وهى عدم إلزام المحكمة بأن يتم الاختصام عن طريق الخصوم، بأن تتم عملية الاختصام القضائى كاملة عن طريق المحكمة. فطالما أن المحكمة هى التى قدرت أهمية اختصام الغير، وقررت ضرورته، وتتابع تلك العملية إلى نهايتها، فإنه لا يوجد ما يمنع، فى اطار الدور الإيجابى الذى أصبح يتمتع به القاضى المدنى فى ادارة وتوجيه الدعوى، ونظراً لتغير مفهوم مبدأ سيادة الخصوم، ولمرونة مفهوم مبدأ المطالبة القضائية، نقول أنه لا يوجد ما يمنع فى ضوء كل ذلك من أن تتم عملية الاختصام كاملة بعيداً عن تدخل أو مشاركة الخصوم الشكلية، ولما كان من الممتنع على القاضى أن يوجه هو طلباً إلى أحد الخصوم، وهو القدر المتبقى من مبدأ المطالبة القضائية، فإننا نرى أن للقاضى أن يوجه أمراً باختصام الغير إلى قلم الكتاب الذى يبادر فيتم عملية الاختصام.

---

(١) أنظر فتحى والى – الوسيط – ص ٣٣٤، وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٩٩، ٥٠٠. وأحمد صاوى – الشرح – ص ٢٠٢، وكذلك نبيل عمر – الاصول – ص ٥٦٨، ٥٦٩.

نخلص من ذلك، وبعبارة أدنى إلى الايجاز : ان عملية الاختصام القضائى طالما أنها تحركت دون طلب من أى من الخصوم، وطالما ان المحكمة هى التى تقدر - من تلقاء نفسها - ضرورتها وتصدر قرارها بها، فإن تنفيذ هذا القرار لا يجب أن يتم عن طريق الخصوم أو بمشاركتهم. ذلك أنه لا داعى لهذه المشاركة، أو لا مبرر بها، بل أنها قد تؤدى إلى افشال عملية الاختصام رغم ضرورتها، وإنما يمكن للمحكمة أن تكلف قلم الكتاب بادخال الغير، حتى يكتمل اجراء الاختصام على النحو الذى يبتغيه المشرع. ذلك أنه إذا أمر القاضى أحد الخصوم بادخال الغير فلم يمتثل هذا الخصم فإن معنى ذلك ان الاختصام لن يتم، الأمر الذى يفوت الغرض من الاختصام رغم ضرورته، ويترتب على ذلك تطويل الاجراءات وضياع الوقت بلا مبرر. ذلك أنه إذا كان للمحكمة أن تعاقب الخصم الذى لم يمتثل لأمرها - بالغرامة أو وقف الدعوى لمدة لا تجاوز ثلاثة أشهر «المادة ٩٩»، إلا أن ذلك الجزاء لن يؤتى ثماره، ذلك أنه إذا مضت مدة الوقف دون تنفيذ الخصم ما أمرته به المحكمة خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهائها جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن، فسلطة المحكمة تنحصر هنا فى وقف الدعوى ثم الحكم بانقضائها، بعد فوات أربعة أشهر على الأقل من ركودها. وحتى بعد زوال الدعوى - ان حدث - فإنه لا يوجد ما يمنع من تجديدها مرة أخرى، دون تحقيق ما ارادته المحكمة.

لذلك، وتوفيراً لكل هذا الجهد وقصداً للإجراءات، ووصولاً للنتيجة التى وضع المشرع مقدمتها، فإننا نرى أنه من الأفضل أن يتم الاختصام القضائى من بدايته إلى نهايته عن طريق المحكمة، خاصة أنه يُبنى على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، بعيداً عن الخصوم، وتجنباً لما قد يثيروه من

مشاكل قد تؤدى إلى تفويت الغاية من الاختصام، بأن تأمر المحكمة قلم الكتاب باعلان الغير.

ويتم اختصام الغير، وفقاً للوضع التشريعى الحالى، عن طريق أحد الخصوم الأصليين، الذى تعينه المحكمة للقيام بذلك، وتكلف المحكمة عادة الخصم الذى ترى ان ادخال الغير لصالحه (1)، ويكون ذلك بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى «المادة ٢/١١٨» أى عن طريق ايداع صحيفة دعوى قلم الكتاب واعلانها مع مراعاة مواعيد الحضور (2)، فلا يكفى لادخال الغير مجرد اعلانه بالطلب الأصلى (3).

وحينما تقدر المحكمة ضرورة اختصام الغير وتكليف أحد الخصوم باعلانه، فإنها تتولى أولاً تحديد الجلسة التى يكون الاعلان إليها (4)، فهى تحدد ميعاداً لحضور من تأمر بادخاله على ألا يتجاوز هذا الميعاد ثلاثة أسابيع «المادة ٢/١١٨»، وهذا الميعاد تنظيمى لا يترتب البطلان على مخالفته. ولكن إذا تم ادخال الغير بالمخالفة لتلك الاجراءات - بأن تم باعلان الغير بالطلب الأصلى مثلاً - فإن الادخال يكون باطلاً، ويبطل كل اجراء استند إليه سواء كان موضوعياً أو متعلقاً بالاثبات (5).

---

(١) أنظر أحمد صاوى - ص ٢٠٢. وأحمد مسلم - ص ٥٨٤.

(٢) وجدى راغب - ص ٥٠١.

(٣) نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ - مجموعة النقض السنة ١٤ - ص ٩٢٨ - فتحى والى - ص٣٣٥.

(٤) أحمد مسلم - ص ٥٨٤.

(٥) أنظر أنور طلبه - موسوعة المرافعات - الجزء الثالث - ١٩٩٣ - ص ٣٢٨.

وتجدر الاشارة إلى أن الاختصام القضائى وان كان يرمى إلى تحقيق مصلحة العدالة أو اظهار الحقيقة، وهى أمور تتعلق بالمصلحة العامة، إلا أن اختصام الغير ينتهى حتماً بتحقيق مصلحة لأحد الخصوم متصلة بطلب من الطلبات المرفوعة بها الدعوى، لذلك فإنه يحسن بالمحكمة قبل أن تأمر باختصام الغير، أن تتحقق بسؤال خصوم الدعوى عن سبب عدم اختصام هذا الغير، فقد تكون الرابطة القانونية بينه وبينهم، أو بينه وبين أحدهم قد انقضت لسبب ما، كما إذا كان الحق قد سقط بالتقادم أو نزل عنه صاحبه أو اتفق على التحكيم بصدده أو صدر فيه حكم [1]، فالاستفسار من الخصوم عن ذلك ينير طريق المحكمة، وهى تستأنس بأقوالهم فى هذا الصدد، وتنتهى بقرارها إما إلى اختصام الغير أو عدم اختصامه أو ان تعدل عن قرارها باختصامه إذا كانت قد أصدرته.

وإذا تم اختصام الغير بأمر من المحكمة، بأن قام أحد الخصوم بايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة تُعلن للغير، فإن ذلك لا يعنى أن الغير اعتبر بذلك خصماً فى الدعوى، بحيث يكون الحكم الصادر فى الدعوى حجة له أو عليه وبالتالى يكون له أن يطعن فيه، وإنما حتى يعتبر الغير المختصم قضائياً طرفاً يجب أن يوجه إليه طلب من أحد الخصوم أو يوجه هو طلباً إلى أحدهم [2]، فمناط تحديد الخصم هو توجيه الطلبات إليه فى

---

(١) أنظر أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٨.

(٢) أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٩. وكذلك أنظر فتحى والى – الوسيط – ص ٣٣٤، ٣٣٥.
ويوضح ان الغير يعتبر كذلك طرفاً فى الخصومة فى حالة ما إذا كان الغير ممن يجوز اختصامه عند رفع الدعوى.

الدعوى [1]، فلا يعد خصماً حقيقياً فى الدعوى من لم توجه إليه طلبات ولم يقض له أو عليه بشئ [2]، فمجرد أمر المحكمة بالادخال ليس معناه ان المحكمة توجه طلباً إلى الغير، فالمحكمة لا تستطيع أن توجه للغير طلباً لم يقدمه أحد الخصوم أو تقدم ضد الخصم طلباً نيابة عن الغير [3].

وأمام محكمة الاستئناف، فإن المادة ٢٣٦ تنص على أنه لا يجوز فى الاستئناف ادخال من لم يكن خصماً فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف، مما يعنى ان الادخال بنوعيه – بناء على طلب الخصوم أو بناء على أمر المحكمة – غير جائز أمام محكمة الاستئناف، لأن ادخال من لم يكن خصماً فى الدعوى الأصلية يعنى توجيه طلب جديد إليه والقاعدة عدم قبول طلبات جديدة فى الاستئناف [4]، كما أن ادخال شخص من الغير فى الاستئناف يحرمه من احدى درجتى التقاضى [5]، ومبدأ التقاضى على درجتين يتعلق بالنظام العام [6]. إنما لا يوجد ما يمنع من الادخال أمام

---

(١) نقض ١٩٨٠/١/١٤ – طعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٠ ق – التعليق للدناصورى وعكاز – طبعة ٧ – ص ٥٠٤.

(٢) أنظر نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ – مجموعة النقض السنة ٢٥ – ص ٩٣٥، ونقض ١٩٧٤/١٢/٣٠ – السنة ٢٥ – ص ١٥٠٧، وفى ١٩٧٤/٥/٢٢ – السنة ٢٥ – ص ٩٥٢. وكـــذلك نقض ١٩٦٨/٣/٥ – السنة ١٩ – ص ٤٨٢.

(٣) فتحى والى – الوسيط – ص ٣٣٤ هامش ٤ – وإذا كان الغير المختصم ينضم عادة إلى أحد الخصوم، الخصم الذى تم الادخال تعضيداً لدفاعه وتقوية لمركزه فى الدعوى. إلا أن للغير المدخل أن يتخذ موقفاً آخر. فقد يدعى بحق لنفسه فى مواجهة أطراف الخصومة، وفى هذه الحالة فإنه يأخذ مركز الخصم المتدخل هجومياً ويعامل بهذه الصفة (أحمد زغلول – ص٨٣، ٨٤)،

(٤) وجدى راغب – ص ٦٤٧، وكذلك فتحى والى – ص ٧٣٣.

(٥) أحمد صاوى – الشرح – ص ٦٧٧.

(٦) أبو الوفا – المرافعات – ص ٢١٨. على أنه يرى أن ذلك ان كان يصدق على الادخال لتحقيق العدالة، إلا أنه لا يصدق على الادخال لاظهار الحقيقة، الذى يكون جائزاً أمام الاستئناف – ص٢٢١، ولا نرى مبرراً لتلك التفرقة، فالعبرة هى بتوجيه طلب إلى الغير أو منه، وبأن =/=

الاستئناف إذا كان الشخص المراد ادخاله خصماً فى الدعوى الأصلية، فهذا ما تسمح به المادة ٢٣٦ ، وما لا يتعارض مع مبدأ التقاضى على درجتين. أما فى القانون الفرنسى، فإن المادة ٥٥٥ تبيح اختصام الغير أمام الاستئناف إذا كان تطور النزاع يستلزم ادخال الغير بهدف الحكم عليه، على ما أوضحنا فى القسم الأول.

أما أمام محكمة النقض، فإن النص الذى ينظم ادخال الغير أمام النقض – وهو نص المادة ٢٥٩ – لم يتعرض لسلطة المحكمة فى الادخال، وإنما اكتفى بتنظيم الادخال عن طريق الخصوم، على النحو الذى سبق عرضه فى الباب السابق. ويمكن القول أنه تنطبق على خصومة الطعن بالنقض القاعدة العامة الواردة بالمادة ٢/٢١٨ ، ٣ (1)– إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين، فإذا لم ينضم من فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو من قبل الحكم إلى الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه، فإن المحكمة تأمر باختصامه فى الطعن. فنص المادة ٢١٨ هذا قد ورد فى باب الاحكام العامة، أى أنه يسرى على كافة طرق الطعن بما فيها الطعن بالنقض، وذلك فى حالة تعدد المحكوم عليهم فقط مع عدم اختصام بعضهم. أما فى حالة اغفال اختصام بعضم المحكوم لهم، فإن نص المادة

=/= فى ادخال الغير تفويت لدرجة التقاضى الأولى، وهى اعتبارات تتحقق فى حالة الاختصام لاظهار الحقيقة كما لتحقق فى الادخال لمصلحة العدالة.

ويرى نبيل عمر – ص ٥٦٨ – جواز الاختصام القضائى أمام الاستئناف طالما ان المختصم لم يوجه طلباً إلى الخصوم ولم يوجه إليه طلبات.

(١) أنظر نبيل عمر – الطعن بالنقض – ص ٢٨٧.

٢١٨ لا يسرى على الطعن بالنقض نظراً لورود نص خاص بطريق الطعن بالنقض مغاير لحكم المادة ٢١٨، وهو نص المادة ٢٥٣ - الذى يوجب أن تشتمل صحيفة الطعن بالنقض على أسماء جميع الخصوم الواجب اختصامهم مما مفاده أنه إذا أغفل الطاعن اختصام بعض المحكوم لهم فى الحكم المطعون فيه والصادر فى موضوع غير قابل للتجزئة - أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين - كان طعنه باطلاً ومن ثم غير مقبول (١).

معنى ذلك أنه فى حالة رفع الطعن بالنقض من أحد المحكوم عليهم - أو بعضهم - دون أن يطعن باقى المحكوم عليهم فى الميعاد، فإن لهؤلاء ان ينضموا إلى الطاعن فى طعنه - رغم فوات ميعاد الطعن وسبق قبولهم للحكم المطعون فيه وذلك فى أحوال عدم التجزئة والتضامن والدعاوى التى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فيها، فإن لم يفعلوا ذلك وجب

---

(١) نقض ١٩٨٠/٢/٩ - طعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق - التعليق للدناصورى وعكاز - الجزء الثانى - طبعة ٨ - ص ١٤٢ - المادة ٢١٨ - رقم ٤٦، وكذلك نقض ١٩٨٢/١١/١٦ - طعن رقم ١٩٨٢ - طعن رقم ٧٥٧ لسنة ٤٣ ق - التعليق - ص ٥٠٥ - المادة ٢٥٩. وأنظر كذلك نقض ١٩٧٧/٤/٥ - مجموعة النقض السنة ٢٨ - ص ٨٩٧. ونقض ١٩٨٢/١٠/٢٦ - طعن رقم ١٢ - لسنة ٤٣ ق - ص ١٤٧ - رقم ٦٢. ونقض ١٩٨٤/٦/٦ - طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٥٤٩ - ص ١٥٠ - رقم ٧٨. وفى١٩٨٦/٤/٢٤ - طعن رقم ١٥٤ لسنة ٥١ ق، ٢٢١٢ لسنة ٥٢ ق - التعليق - ص ١٥١ - رقم ٨٣، ونقض ١٩٨٧/٢/١١ - طعن رقم ١٨٧٩ لسنة ٥١ ق - التعليق - ص ٤٧٤ - رقم ١٢٧ - المادة ٢٥٣. ونقض ١٩٩٢/٣/١٥ - طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٥ ق، ونقض ١٩٩٣/١/١٠ - طعن رقم ٤٥ لسنة ٥٨ ق - ص ٤٨٥ - رقم ٢١٢ - المادة ٢٥.

على المحكمة أن تختصمهم [1]، فالمحكمة تمارس سلطتها فى الاختصام فى تلك الحالة. أما فى حالة تعدد المحكوم لهم وعدم قيام الطاعن باختصام بعضهم فى طعنه، فإنه لا يجوز لمحكمة النقض ان تصحيح ذلك وتقوم باختصامهم فى الطعن، ذلك أنه لصحة الطعن بالنقض يجب أن تشتمل صحيفة الطعن على أسماء الخصوم، فإذا لم يتم ذلك، بأن أغفل الطاعن اختصام بعضهم، كان الطعن بالنقض باطلاً وتحكم المحكمة ببطلانه من تلقاء نفسها (المادة ٢٥٣)، إذ الأمر يتعلق بالنظام العام [2].

أما خلاف هذه الاحوال، حيث لا يكون هناك تضامن ولا يكون بصدد دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين ويكون الموضوع قابل للتجزئة، فإنه ليس لمحكمة النقض أن تختصم شخصاً من الغير، لاظهار

---

(١) أنظر نقض ١٩٨٠/٢/٩ - طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق - التعليق - ص ١٤٣ - رقم ٥٣ - المادة ٢١٨ - «أوجب القانون على المحكمة المنظور أمامها الطعن أن تأمر الطاعن فى حالة تخلف سواه من المحكوم عليهم عن استعمال حقهم بأن يدخلهم فى الطعن بطريق اختصامهم ليستكمل صورته الجامعة التى لا معدى عنها لصدور حكم واحد فى أمر يتأتى على تعدد الأحكام».

(٢) أنظر نقض ١٩٩٠/٦/٢٧ - طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٥٥ ق- التعليق - طبعة ٨ - جزء ٢ - ص ٤٨٢ - رقم ١٩٨ مكرر - المادة ٢٥٣ - ونقض ١٩٩٢/٧/٣٠ - طعون أرقام ٣١٥، ٦٣٢، ٧٠٢ - لسنة ٥٩ ق - ونقض ١٩٩٢/٦/٧ - طعن رقم ٢١١٤ لسنة ٥٦ ق، ونقض ١٩٩٢/٢/١٣ - طعن رقم ٣٣٣٠ لسنة ٥٨ ق - التعليق - ص ٤٨٤ - رقم ٢٠٨. وأيضاً نقض ١٩٦٤/٣/٥ السنة ١٥ - ص ٢٩٧.

على أن الخطأ فى اسماء الخصوم وصفاتهم بما لا يشكك فى حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة لا يؤدى إلى البطلان (نقض ١٩٩٢/٤/١٢ - طعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٤ ق - التعليق - ص ٤٨٦ - رقم ٢١٧).

الحقيقة أو لمصلحة العدالة، حتى لو كان طرفاً فى الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه بالنقض، نظراً لأن المادة ٢٥٩ لم تنص على ذلك، كما ان القواعد العامة التى تحكم الطعن بالنقض لا تسمح بمثل هذا الاختصام، إذ أن ادخال الغير لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة إنما يتصل بمسائل الواقع، ومحكمة النقض محكمة قانون لا محكمة واقع، اللهم إلا فى حالة تصديها لموضوع النزاع، نظراً لصلاحية للفصل فيه أو لنقض الحكم للمرة الثانية، حيث تتمتع فى هذه الحالة بسلطات محكمة الموضوع.

٣٠- سلطة المحكمة فى استبعاد أحد الخصوم :

إذا كان من المستقر عليه ان للمحكمة ان تستكمل اشخاص الدعوى، بأن تختصم شخصاً من الغير طالما كان وجود هذا الشخص ضرورياً لحل النزاع، كما يقول المشرع الفرنسى، أو أن وجوده فى الدعوى من شأنه أن يساعد فى الوصول إلى العدالة أو اظهار الحقيقة، كما يقول المشرع المصرى، أى أن المحكمة توسع هنا من الدائرة النطاق الشخصى للدعوى، فهل للمحكمة أن تقوم – بالعكس – بتضييق تلك الدائرة، وذلك باستبعاد بعض الخصوم فى الدعوى؟

لاشك ان حق التقاضى رخصة لكل فرد فى الالتجاء إلى القضاء [(١)]، ولكن لكى يقبل أى طلب أو دفع يقدم إلى المحكمة يجب أن يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون (المادة ٣ مرافعات) كما ان المصلحة شرط لقبول الطعن، فيجب أن يكون للشخص مصلحة فى الطعن

---

(١) نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ – مجموعة النقض – السنة ١٦ – ص ٦٣٣.

وقت صدور الحكم المطعون فيه (١)، إذ المصلحة هى مناط أى دعوى أو دفع أو طعن (٢).

وحين يرفع المدعى الدعوى إنما يحدد - ضمن ما يحدد - أطرافها، فيرفعها على من يشاء، أو على من يرى أن له مصلحة فى جلبه أمام القضاء. وطالما أن المدعى يزعم أن له حقاً شخصياً تم الاعتداء عليه مما أصابه بالفعل بضرر، تكون له مصلحة حالة وقائمة وشخصية ومباشرة، أى أن له صفة فى رفع الدعوى. كذلك الحال فى المدعى عليهم، يجب ان يكونوا قد اعتدوا بالفعل على الحق المدعى، أى أن لهم صفة فى الدعوى، وهو ما يعبر عنه بأن الدعوى ترفع من ذى صفة على ذى صفة، فيلزم مع توافر الصفة الموضوعية لطرفى الحق أن ترفع الدعوى ممن يدعى استحقاقه للحماية القضائية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها (٣). وبذلك يتحدد الخصوم فى الدعوى، فتسند إليهم مباشرة اجراءات الخصومة المختلفة والآثار المترتبة عليها. وإذا كان المدعى هو من يتخذ المبادرة فى الخصومة ويقدم الطلب القضائى، والمدعى عليه، وان كان موقفه سلبياً بالنسبة للمطالبة القضائية، إلا أن القانون يعترف له على

---

١٢) نقض ١٩٨٥/٢/٤ - طعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٤٩ ق، ونقض ١٩٨٦/١/٢٦ - طعن رقم ١٦٤ لسنة ٥١ ق - التعليق للدناصور يوعكاز - طبعة ٧ - ١٩٩٢ - ص ٢٦ - المادة ٣ - رقمى ١٤، ١٧.

(٢) أنظر نقض ١٩٨٠/١٢/٢٣ - طعن رقم ٩٨٩ لسنة ٤٦ ق - التعليق - ص ٣٥ - رقم ٥٣. وكذلك نقض ١٩٨٤/٥/٢١ - طعن رقم ١٩٣ - لسنة ٥٠ ق، ونقض ١٩٧٨/١/٢٩ - مجموعة النقض لسنة ٢٩ - عدد أول - ص ٢٦٥ - التعليق - ص ٤٤ - رقم ١٠٤. ونقض ١٩٨٤/٢/١٢ - طعن رقم ١٣٥٣ - لسنة ٥١ ق - التعليق - ص ٤٠ - رقم ٨٠.

(٣) نقض ١٩٨٤/٣/٢٩ - طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٥٠ ق - التعليق - ص ٤٧ رقم ١١٤.

أثر تلك المطالبة بالمركز القانونى للخصم وهو ما يوفر له دوراً إيجابياً أثناء الخصومة مساوياً لدور المدعى. فيكون له حق تسيير الخصومة ومباشرة كافة حقوق الدفاع، كما أنه يستطيع أن يطور دفاعه إلى الهجوم عن طريق تقديم طلبات عارضة يصبح بالنسبة لها مدعياً. وبهذا يوفر مركز الخصم حداً أدنى من المساواة بين المدعى والمدعى عليه فى الحقوق والواجبات (1).

معنى ذلك أن المدعى هو الذى يحدد أطراف الدعوى، ولكن بمجرد سير الدعوى يتساوى معه المدعى عليه ويصبح خصماً، طالما أن له صفة فى الدعوى، وطالما أنه قد نشط ومارس حقوقه الاجرائية.

على أن الدعوى قد ترفع من شخص ليست له صفة وقت رفعها فتكون غير مقبولة ما لم يكتسب المدعى الصفة أثناء نظر الدعوى فيزول العيب وتنتفى مصلحة المدعى عليه فى التمسك بالدفع بعدم القبول (2)، وقد ترفع الدعوى كذلك على شخص ليست له صفة، فتكون الدعوى غير مقبولة. على أن المحكمة ليس لها أن تقضى بعدم قبول الدعوى لانتفاء الصفة من تلقاء نفسها إذ أن ذلك أمر لا شأن له بالنظام العام (3)، مع

---

(1) أنظر وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٣١ – وما بعدها، وص ٤٣٧ وما بعدها.

(2) نقض ١٩٨٨/٤/٢٧ – طعن رقم ١٠٨ لسنة ٥١ ق، ونقض ١٩٧٣/١/١٥ – مجموعة النقض السنة ٢٤ – العدد الأول – ص ١٠٨ – الدناصورى وعكاز – طبعة ٧ – ص ٢٨، ٢٩ – رقم ٢٥. ونقض ١٩٧٨/٢/٢٦ السنة ٢٩ – عدد ١ – ص ١٥٥٧.

(3) أنظر نقض ١٩٧٨/٢/١٩ – مجموعة النقض السنة ٢٩ – عدد ٢ – ص ١٩٥٦، وأنظر أحمد زغلول – أعمال القاضى التى تحوز حجية الأمر المقضى وضوابط حجيتها – ١٩٩٠ – ص ٢٠١ وما بعدها – رقم ١٠٢ وما بعدها.

مراعاة ان استخلاص توافر الصفة فى الدعوى هو أمر تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها فى ذلك على أسباب سائغة لحمله [1].

معنى ذلك، أنه إذا انتفت الصفة فى الدعوى فإن المحكمة لا يمكنها ان تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها نظراً لعدم تعلق شرط الصفة بالنظام العام [2]، على أن مجرد وجود شخص فى الدعوى لا فائدة لوجوده فيها، كأن لم توجه إليه أية طلبات ولم يدفع الدعوى بما يعترضها، لا يجعله خصماً حقيقياً فيها [3]، وبالتالى لا تكون هناك ضرورة لبقاءه فى الدعوى لأن ذلك أمر لا فائدة منه وهو يشغل المحاكم دون طائل، مما يدفعنا إلى القول بأن المحكمة تملك اخراجه من الدعوى.

اننا نرى ان المشرع طالما قد أعطى المحكمة السلطة فى ضبط النطاق الشخصى للدعوى، بتوسيعه عن طريق اختصام أشخاص من الغير من الضرورى وجودهم فى الدعوى، فإنه يجب اعطاء المحكمة – فى

---

(١) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٨ – طعن رقم ١٨٠٢ لسنة ٤٩ ق – التعليق – ص ٤٠ – رقم ٧٩. وكذلك نقض ١٩٨٤/٣/٢٦ – طعن رقم ١١١٩ – لسنة ٤٩ ق – التعليق – ص ٤٤ – رقم ١٠٥. ونقض ١٩٧٩/١٢/١٢ – طعن رقم ٥ لسنة ٤٩ ق – ص ٥٨ – رقم ١٧٠ (للمحكمة أن تستعين بخبير لتحقيق الوقائع المادية المتعلقة بها والتى يشق الوصول إليها والتى تستخلص منها مدى توافر الصفة فى الدعوى).

(٢) يرى البعض أنه يمكن للمحكمة أن تحكم باستبعاد أحد الخصوم نظراً لانتفاء صفته فى الدعوى، حيث يعتبر الصفة من النظام العام – أبو الوفا – المرافعات – ص ٢٢٠، وأنظر كذلك نبيل عمر – ص ٥٦٨، وأيضاً وجدى راغب – المبادئ – ص ٤٨١.

(٣) نقض ١٩٨١٤/١/١٥ – طعن رقم ١١٦١ لسنة ٥٣ ق – التعليق – ص ٤١ – رقم ٨٥ – وأضاف هنا الحكم «وبالتالى فلا يعول على عدم اعلانه بمذكرات الخصوم طالما لا يخرج الوارد بها عن نطاق الدعوى ولا يعنيه بطلب ما».

المقابل - سلطة تضييق هذا الاطار، باستبعاد من لا ضرورة له فى الدعوى، طالما ان حسن سير العدالة يستلزم ذلك، وان كانت النصوص الحالية لا تسمح لها بهذا نظراً لأن شرط الصفة لا يتعلق بالنظام العام، ويساعد على هذا المنطق ان المشرع قد وافق على مبدأ خروج أحد الخصوم من الدعوى، حيث أجاز - فى المادة ١٢١ - لصاحب الضمان أن يخرج من الدعوى طالما ادخل فيها الضامن، وطالما أنه غير مطالب بالتزام شخصى. فمبدأ خروج أحد الخصوم بارادته أمر أباحه المشرع ونظمه، ولا يوجد ما يمنع من بسط هذا المبدأ ليشمل المحكمة، فيصبح من سلطتها اخراج أو استبعاد أحد الخصوم طالما ان وجوده ليس له فائدة. خاصة وان المشرع أضفى على المحكمة دوراً ايجابياً فى تسيير الدعوى وتوجيهها، عن طريق اختصام شخص من الغير. وإذا قيل فى هذا الصدد أن المحكمة تختصم شخصاً من الغير فذلك لأن وجوده ضرورياً فى الدعوى وقد لا يعلم هو برفع تلك الدعوى، بينما الأمر خلاف ذلك بالنسبة للخصم المراد اخراجه، فإننا نقول فى ذلك ان وجود شخص فى الدعوى بلا ضرورة أمر يجب تجنبه، بفتح الطريق أمامه للخروج من الدعوى أو باخراجه عن طريق المحكمة حتى يمكن وضع الدعوى فى اطارها الشخصى الدقيق مما يؤدى إلى حسن الفصل فيها، خاصة ان كثرة وجود أشخاص فى الدعوى يؤدى إلى مشاكل عديدة فيما يتعلق بالاعلان وانقطاع الخصومة والطعن.

٣١- الرقابة على سلطة المحكمة فى اختصام الغير :

إذا كانت المحكمة تتمتع بسلطة كبيرة فى اختصام الغير على النحو الذى عرضنا له، إلا أنها تخضع فى ممارستها لتلك السلطة لرقابة

محكمة النقض. فليس من المنطقى اعطاء المحاكم سلطة، سواء قضائية أو تقديرية [١]، دون اخضاع استعمالها لتلك السلطة لرقابة محكمة النقض، وذلك لضمان توحيد أحكام القضاء حيال تطبيق القانون وتفسيره وبالتالى وحدة القانون نفسه [٢]. فالسلطة تمنح للقاضى، لا لكى يباشرها على هواه، وإنما كى يباشر الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وصحيح، فسلطته لها أهداف محددة ينبغى أن يسعى إلى تحقيقها وان يباشر تلك السلطة طبقاً لطرق معينة ووسائل فنية ومبادئ محددة [٣].

ومحكمة النقض تراقب سلطة القاضى التقديرية وذلك أساساً عن طريق مراقبة أسباب الحكم، فهى تعمل هذه الرقابة بهدف التحقق من صحة تطبيق القانون فى العمل القضائى محل الرقابة، وهى إذ تراقب الأسباب فإنها تراقب السلطة القضائية ذاتها بصدد صحة ما انتهت إليه من تطبيق القانون، فعن طريق رقابة محكمة النقض على الأسباب تستوثق المحكمة من أن تقدير القاضى كان تقديراً صحيحاً [٤].

---

(١) على أن السلطة التقديرية توجد دائماً مع السلطة القضائية، وكل استعمال للأولى يتعاصر دائماً مع الثانية، وإعمال السلطة القضائية غير مقصور بدون اعمال السلطة التقديرية (نبيل عمر – سلطة القاضى التقديرية – ص ٥٠٩).

(٢) فمحكمة النقض هى خلاصة فلسفة النظام القانونى بكل بلد، ووجودها يعتبر ترجمة للمتطلبات الخاصة لكل أمة (أحمد السيد صاوى – نطاق رقابة محكمة النقض – ص ٧، ٨. وأنظر نور شحاته – سلطة محكمة النقض فى استبدال الاسباب – ١٩٩٢ – ص ٥ وما بعدها).

(٣) عزمى عبد الفتاح – تسبيب الأحكام واعنمال القضاة – ١٩٨٣ – ص ١٩٢ وما بعدها.

(٤) أنظر نبيل عمر – سلطة القاضى التقديرية – ص ٥١٠، ٥١١. وأنظر دراسة تفصيلية للتسبيب، عزمى عبد الفتاح – تسبيب الأحكام – ١٩٨٣، وكذلك عبد الحكم فوده – أسباب صحيفة الاستئناف – ص ٢٥٣ وما بعدها.

معنى ذلك ان على القاضى ان يشرح أسباب تقديره، وان يتبين لماذا قدر الواقع والقانون على هذا الوجه دون غيره من الوجوه، وان يقدم إلى محكمة النقض ما يساعدها على التأكد من سلامة التقدير. فإذا كان القاضى حر فى التقدير إلا أن ذلك مشروط بأن يثبت سلامة تقديره بما يتيح لمحكمة النقض وسيلة مراقبته. وإذا كان النشاط الذهنى الذى يقوم به القاضى لا يخضع للرقابة المباشرة لمحكمة النقض، إلا أنه يخضع لرقابتها غير المباشرة عن طريق ما تقوم به هذه المحكمة من رقابة عناصر هذا النشاط سواء تعلقت هذه العناصر بمسائل الواقع أو مسائل القانون، أى أن رقابة محكمة النقض ليست رقابة على رأى القاضى من حيث النتيجة التى انتهى إليها بالنسبة للوقائع، وإنما هى رقابة على طريقة تكوين هذا الرأى والأساس الذى يقوم عليه. وتعتبر ضوابط التسبيب التى تقتضيها محكمة النقض قيداً على القاضى فى تحقيق وتقدير الوقائع، وبالتالى يمكن مراقبة القاضى للتحقق من أن رأيه قد جاء نتيجة معقولة لفحص جدى ودقيق لعناصر القضية وأنه نتيجة إقتناع بمقومات واضحة [1]. فأسباب الحكم يجب أن تدل على أن رأى القاضى إنما هو نتيجة منطقية لمقدمات تؤدى إليه وفقاً للمنطق العادى المقبول [2].

---

(١) أنظر نبيل عمر – السلطة التقديرية – ص ٥٠٦، ٥٠٧. وكذلك وجدى راغب – العمل القضائى – ص٥٢١. وأنظر أيضاً عبد الحكم فوده – أسباب صحيفة الاستئناف – ص ٢٩٣ وما بعدها.

وأنظر نقض ١٩٨٠/٢/٩ – مجموعة النقض – السنة ٣١ – جزء أول – ص ٤٥٥ «لتسبيب الاحكام أهمية بالغة تبدو فى أنه يمكن محكمة الدرجة الثانية من الوقوف على مدى صحة الأسس التى بنيت عليها الاحكام المستأنفة أمامها ثم لمحكمة النقض بعد ذلك من مراقبة سلامة تطبيق القانون على ما صح من وقائع.....».

(٢) نبيل عمر – ص ٥١٦. وأيضاً وجدى راغب – العمل القضائى – ص ٥٣٨.

اذن، إذا كان المشرع يمنح القاضى سلطة تقديرية إلا أنه لا يريد أن تكون سلطة القاضى تحكمية. والتسبيب هو الشئ الوحيد الذى يحقق ذلك لأنه يؤدى إلى اخفاق أى تحكم قد يحدث من القاضى، وهو الضمان على أن القاضى قد باشر سلطته بشكل صحيح ولم يتنازل عنها أو يسيئ استخدامها، فسلطة القاضى كافية بذاتها لتبرير التسبيب [1].

معنى ذلك ان القاضى حينما يمارس سلطته باختصام الغير، فإنه وان كان يتمتع بسلطة تقديرية إلا أنه يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض. فالقاضى هو الذى يتولى تحديد صفة الغير، الذى يمكن ادخاله فى الدعوى. ويتم التقدير القضائى لصفة الغير بالبحث عن مدى أهمية وجوده فى الدعوى لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة، أى مدى أهمية وجود المختصم فى صلب الخصومة حتى يكون الحكم الصادر قريباً إلى الحقيقة قدر الامكان. كذلك فإنه يقدر مفهوم العدالة أو الحقيقة التى تبرر اختصام الغير. كما أن القاضى هو الذى يقدر مدى ضرورة اختصام الغير عن طريق الخصوم، الغير الذى كان يصح اختصامه عند رفع الدعوى الأصلية، أى من كان على صلة بالمركز الموضوعى المتنازع عليه [2].
وإذا كان الخصوم هم الذين يحددون الغير المراد اختصامه، إلا ان القاضى يراقبهم فى ذلك، ويقدر مدى ضرورة هذا الاختصام. ويجب على القاضى ان يسبب حكمه التسبيب الكافى فى هذا الصدد، أى أن يبين مصادر اقتناعه بما ذهب إليه، بأن يورد فى أسباب حكمه، الأدلة التى أقام عليها قراره أو تقديره.

---

(١) أنظر نبيل عمر – ص ٥٠١، وكذلك عزمى عبد الفتاح – التسبيب – ص ١٩٤.

(٢) نبيل عمر – ص ٣٩٨.

الخاتمة

منح المشرع الخصوم سلطة كبيرة فى اختصام الغير، فهو لم يقصر تلك السلطة على حالات محددة، ولم يضع لها ضوابط واضحة، وفى ذات الوقت لم يخضع تلك السلطة لرقابة فعالة من القضاء. فللخصوم أن يدخلوا فى الدعوى من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها (المادة ١١٧)، كما ان من سلطتهم ادخال الضامن فى الدعوى (المادة ١١٩). والذى يحدث فى العمل – تحت ستار تلك النصوص القانونية – ان الخصم يحاول ادخال أى شخص من الغير فى الدعوى ليس بهدف استكمال أشخاصها وإنما بهدف المماطلة وتضييع الوقت والكيد لخصمه مما يربك القضاء ويهدد بضياع الحقوق التى يعتبر القضاء هو الملاذ لأصحابها. فالعمل يشهد بطلبات اختصام متتالية تصدر عن المدعى عليهم، ما أن تفرغ المحكمة من أحدها، بعد فترة طويلة – حيث ان الاختصام يتم بايداع صحيفة قلم الكتاب واعلانها للغير مما يستغرق وقتاً فى الاعلان – ألا وتفاجأ بطلب غيره لاختصام شخص آخر من الغير، وهكذا.

وفى نفس الوقت، لا تملك المحكمة القدرة على وقف هذا التحايل الصادر من الخصوم. نظراً لأن الخصم يقوم بادخال الغير بصحيفة تودع قلم الكتاب وتعلن للغير دون رقابة مسبقة من المحكمة، فالخصم لا يستئذنها قبل اعلان الشخص المراد اختصامه، وحينما تبدأ المحكمة فى ممارسة رقابتها، بالتحقق من أن الشخص يجوز اختصامه لأنه ممن كان يجوز رفع الدعوى عليه من البداية، وان هناك مصلحة وراء طلب الاختصام تكون قد فاتت فترة طويلة تعطلت خلالها الدعوى، لم يكن هناك مبرر من الأصل لمثل هذا التأخير.

ونرى فى هذا الصدد، وضعاً للأمور فى نصابها الصحيح، وحتى يؤدى الاختصام غايته التى رسمها له المشرع، لا أن يستعمل الاختصام بهدف المماطلة والكيد، وحماية لحقوق المتقاضين، نرى أنه من الافضل أن يخضع المشرع طلب الاختصام - باعتباره طلباً عارضاً - لرقابة المحكمة من البداية، بضرورة استئذانها قبل تقديم هذا الطلب، وقبل اعلانه للغير المراد ادخاله فى الدعوى. وان تعطى المحكمة سلطة تقدير مدى أهمية هذا الاختصام من كونه يستكمل أشخاص الدعوى، وان الشخص المراد ادخاله هو من أشخاص الدعوى بالفعل، وسلطة تقدير شرط المصلحة من البداية، وقبل بدء اجراءات اعلان الغير. وأن تعطى المحكمة - بنص صريح - سلطة رفض طلبات الاختصام المتراخية أو المتتالية الصادرة من المدعى عليهم، وليس هذا أمراً مستغرباً، فهو يشبه ما قرره المشرع لقاضى التنفيذ تجاه الاشكالات الوقتية المتتالية، التى أفقدها المشرع أهم أثر يترتب على تقديم الاشكال الوقتى وهو وقف التنفيذ بقوة القانون. وبجانب هذا الطريق الوقائى المقترح، يمكن للمحاكم، فى ظل النصوص الحالية، أن تلجأ لطريق علاجى بأن تواجه تحايل الخصوم عن طريق اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق، وذلك إذا تبين لها ان طلب الاختصام لا يرمى إلى الاغراض التى رسمها المشرع، والتى تتمثل فى تجنب تعدد المنازعات وتعارض الاحكام وليس بقصد المماطلة أو الكيد للخصم الأخر.

ان المشرع المصرى لم ينظم سلطة الخصوم فى اختصام الغير طبقاً للقاعدة العامة بصورة كافية، فهو لم يضع لها ضوابط محددة، ولم يضف عليها رقابة كافية من المحكمة، فأصبح الاختصام احدى الوسائل التى تتسرب من خلالها الاغراض الشخصية للخصوم فتطغى على الاهداف

التشريعية من وراء نظام اختصام الغير، مما يهدد فى النهاية بضياع الحقوق ويؤدى إلى الاخلال بحسن سير القضاء. فالمشرع وإن كان عالج اختصام الضامن بصورة كافية ولم يسمح للخصوم باساءة استخدام سلطتهم فى اختصام الضامن لإعاقة الفصل فى الدعوى الأصلية، وأعطى للمحكمة قدراً من حرية الحركة فى هذا الصدد، إلا أن الاجدر أن يقوم المشرع بمثل هذا التنظيم الكافى فى الاختصام وفقاً للقاعدة العامة «ادخال من كان يصح اختصامه فى الدعوى عند رفعها».

أما بخصوص سلطة المحكمة فى اختصام الغير، أو ما نسميه بالاختصام القضائى، فإن المشرع اعطى للمحكمة سلطة كبيرة فى هذا الاختصام، من خلال استعمال عبارات مرنة «ادخال الغير لمصلحة العدالة أو لاظهار الحقيقة»، فالمشرع بذلك لا يقيد المحكمة بحالات معينة، ولم يستعمل كلمات لها معنى محدد أو ثابت، وإنما ترك الأمر لتقدير المحكمة، أن تأمر بادخال أى شخص من الغير فى الدعوى طالما أن من شأن وجود هذا الشخص فى الدعوى جعل الحكم قريباً من الحقيقة أو معبراً عن العدالة قدر الامكان.

فالمشرع المصرى اعطى للقاضى بذلك دوراً إيجابياً فى تسيير الخصومة، متخطياً المفهوم التقليدى لمبدأ حياد القاضى ومتخففاً قدر الامكان من السيطرة التقليدية للخصوم على الخصومة المتخفية تحت مبدأ سيادة الخصوم، إلا أن المشرع لم يواصل هذا المسلك، فقد جعل الاختصام القضائى يمر فى النهاية عن طريق الخصوم، إذ هم الذين يقومون بتنفيذ أمر المحكمة بالاختصام. ويجب التخلص من ذلك التفكير الذى مازال مسيطراً على

المشرع، بحتمية مشاركة الخصوم فى الاختصام القضائى، ذلك ان هذا النوع من الاختصام لا يتم لمصلحتهم أساساً وإنما يرمى إلى حسن الفصل فى الدعوى، أى الوصول إلى حكم يحمى أصحاب الحقوق من خلال اختصام من يكون وجودهم فى الدعوى ضرورياً للفصل فى النزاع.

لذلك نرى ضرورة أن يتم الاختصام القضائى كاملاً عن طريق المحكمة، دون تقييدها بضرورة مشاركة الخصوم فى ذلك أو أن يتم التنفيذ عن طريقهم، تجنباً لما قد تؤدى إليه تلك المشاركة من عقبات واطالة للاجراءات، الأمر الذى يتنافى مع الغرض من الاختصام القضائى. فيجب تمكين المحكمة من اتمام الاختصام بعيداً عن الخصوم، بأن تأمر قلم الكتاب باعلان الغير الذى تريد ادخاله، ولا نرى فى ذلك تعارضاً مع مبدأ المطالبة القضائية، فالمحكمة لا توجه طلباً إلى الغير وإنما تأمر بإدخاله، فيتم اعلانه تنفيذاً لهذا الأمر، وبعد ذلك يمكن لأى من الخصوم أن يوجه إليه طلباً أو يوجه هو طلبات فى الدعوى. وبذلك يكون هناك اشراف قضائى فعال على اختصام الغير، سواء تم هذا الاختصام بمبادرة الخصوم أو حدث بناء على أمر المحكمة، مما يضع نظام الاختصام فى إطاره الصحيح ويساعد على تحقيق الأغراض المنشودة من ورائه، ويمنع اساءة استخدام الخصوم لهذا النظام.

وفى النهاية، فإننا لا نجد فى المناداة بضرورة فرض رقابة فعالة للمحكمة على سلطة الخصوم فى اختصام الغير مع توسيع سلطة المحكمة فى الاختصام القضائى أمراً خطيراً يمكن أن يؤدى إلى التحكم القضائى، ذلك أن هذا التصور الذى نراه إنما هو لحل المشاكل والتغلب على العقبات التى تنجم

عن اختصام الغير، مما يساعد فى النهاية على حسن الفصل فى النزاع وصيانة الحقوق. وحينما يمارس القاضى السلطة التى نقترحها لا يكون حراً من أى قيد مما قد يدفعه إلى التحكم، وإنما يجب أن يكون تقديره سائغاً مبنياً على أسباب كافية ومعقولة، ومن خلال ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا، مما يحول دون تعسف القاضى أو تحكمه. وفى المقابل فإنه فى بسط رقابة المحكمة على سلطة الخصوم فى الاختصام إنما يؤدى إلى تقييد تلك السلطة وتجنب ما قد ينتج عن اساءة استعمالها من مشاكل عديدة يشهد بها العمل حالياً.

تم بحمد الله تعالى

الفهـــــرس

صفحة

المقدمة

١- تمهيد ٥
٢- مفهوم الاختصام وأهميته ٦
٣- العقبات التى تعترض اختصام الغير، والمشاكل التى يثيرها ٩
٤- فكرة البحث وخطته ١٢

الباب الأول
سلطة الخصوم فى اختصام الغير

٥- تقسيم ١٥

الفصل الأول
«اطراف الاختصام وطبيعته»

٦- الخصم ١٧
٧- الغير ٢٢
٨- طبيعة الاختصام (حق للخصم فى ادخال الغير فى الدعوى رغماً عن ارادته) ٢٥

الفصل الثانى
«حالات الاختصام»

٩- حالات اختصام الغير ليست حصرية ٣١
١٠- القاعدة العامة : يجوز اختصام الغير فى الدعوى طالما كان يصح اختصامه فيها عند رفعها ٣٢

صفحة

١١- ضوابط اختصام الغير وفقاً لتلك القاعدة ٣٩

١٢- رقابة المحكمة على الاختصام ومدى سلطتها فى ذلك ٤٢

١٣- ادخال الغير لتقديم ورقة تحت يده ٥٠

١٤- سلطة الخصوم فى اختصام الغير فى القانون الفرنسى ٥٨

الفصل الثالث

«اجراءات الاختصام ومركز الشخص المختصم»

١٥- كيفية اختصام الغير ورقابة المحكمة ٦٣

١٦- وقت الاختصام ٦٩

١٧- المركز القانونى للغير المختصم ٨٩

الفصل الرابع

«الاختصام للضمان»

١٨- مفهوم الضمان وأساسه وأنواعه ٩٧

١٩- ادخال الضامن فى الدعوى الطريقة المثلى للضمان ١٠٢

٢٠- سلطة الخصوم فى اختصام الضامن ومدى رقابة المحكمة عليها ١٠٦

٢١- مركز الضامن المختصم ١١١

٢٢- التعسف فى طلب اختصام الضامن، وتوسيع سلطة المحكمة ١١٧

صفحة

الباب الثانى
سلطة المحكمة فى اختصام الغير
«الاختصام القضائى»

٢٣- تمهيد وتقسيم ١٢٣

الفصل الأول
«دور القاضى فى الخصومة المدنية»

٢٤- تسيير الخصومة بين سيادة الخصوم وحياد القاضى ١٢٥
٢٥- السلطة التقديرية للقاضى فى الخصومة ١٣٢

الفصل الثانى
«حدود سلطة المحكمة فى اختصام الغير»

٢٦- تمهيد ١٣٩
٢٧- أهمية اختصام الغير عن طريق المحكمة ١٣٩
٢٨- حالات الاختصام القضائى ١٤٢
٢٩- كيفية الاختصام عن طريق المحكمة ١٥٩
٣٠- سلطة المحكمة فى استبعاد أحد الخصوم ١٦٩
٣١- الرقابة على سلطة المحكمة فى اختصام الغير ١٧٣
الخاتمة ١٧٧
الفهرس ١٨٢

رقم إيداع محلى ٩٦/٩٤٥٩

رقم إيداع دولى I.S.B.N
977-5394-19-8